



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**  
**PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**  
**NÚCLEO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**ERCOLIS FILIPE ALVES SANTOS**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: prelúdio da desconstrução da cultura de torturar no  
Brasil por meio da superação da normalidade do desumano?**

**São Cristóvão-SE**

**2017**

**ERCOLIS FILIPE ALVES SANTOS**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: prelúdio da desconstrução da cultura de torturar no  
Brasil por meio da superação da normalidade do desumano?**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Sergipe – UFS, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Daniela Carvalho A. da Costa.

**São Cristóvão-SE**

**2017**

**ERCOLIS FILIPE ALVES SANTOS**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: prelúdio da desconstrução da cultura de torturar no Brasil  
por meio da superação da normalidade do desumano?**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Sergipe – UFS, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Daniela Carvalho A. da Costa.

Aprovado em:

**BANCA EXAMINADORA**

Prof <sup>a</sup> Dr <sup>a</sup> Daniela Carvalho A. da Costa:	Instituição: Universidade Federal de Sergipe
Julgamento: _____	Assinatura: _____

Prof. Dr. _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____

Prof. Dr. _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

S231a Santos, Ercolis Filipe Alves  
Audiência de custódia : prelúdio da desconstrução da cultura de  
torturar no Brasil por meio da superação da normalidade do  
desumano? / Ercolis Filipe Alves Santos ; orientadora Daniela  
Carvalho A. da Costa. – São Cristóvão, 2017.  
123 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de  
Sergipe, 2017.

1. Direito penal. 2. Audiência de custódia. 3. Tortura. 4. Pena  
(Direito). 5. Flagrante delito. I. Costa, Daniela Carvalho A. da,  
orient. II. Título.

CDU 343.255(81)

## **DEDICATÓRIA**

À minha querida esposa, Iris Fabyane, por ser meu porto seguro em todos os momentos.

Aos meus pais, Erinaldo e Benedita, pelo apoio e amor incondicionais.

À minha singular irmã, Ana Priscila, pelo carinho de sempre.

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus, a quem devoto minha alma todos os dias.

À minha orientadora, Professora Doutora Daniela Carvalho A. da Costa, por paciente e brilhantemente contribuir para a realização desta pesquisa.

A todos que, de alguma forma, foram o meu alento para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho, na certeza de que serão, em justa medida, recompensados.

## **RESUMO**

O presente trabalho tem como finalidade verificar se a implantação da audiência judicial de custódia no Brasil representa o início de um processo civilizatório e humanizador do sistema de justiça criminal, na medida em que se traduz em um instrumento de política criminal de combate à cultura da normalidade da violência no ato de prisão. Faz-se, para tanto, um recorte histórico-evolutivo sobre a prática da tortura, em busca de uma delimitação conceitual desse fenômeno que possui uma variação conceitual significativa. Ato contínuo, esboça-se uma correlação entre a audiência de custódia e os direitos e garantias fundamentais constitucionais do preso em flagrante delito, especificamente, no que tange à violação da integridade física e moral do detento. Nesse norte hermenêutico histórico-normativo, a partir de uma releitura do conceito arendtiano de banalidade do mal, investiga-se se a audiência de custódia seria um prelúdio da superação da normalidade do desumano, da naturalização (banalização) da violência no ato de prisão em flagrante delito.

**Palavras-chave:** Audiência de Custódia. Pena. Tortura. Banalidade.

## **ABSTRACT**

The purpose of this study is to verify if the implantation of the judicial hearing of custody in Brazil represents the beginning of a civilizing and humanizing process of the criminal justice system, in so far as it translates into an instrument of criminal policy to combat the culture of the normality of violence in the act of imprisonment. For that, a historical-evolutionary clipping is made on the practice of torture, in search of a conceptual delimitation of this phenomenon that has a significant conceptual variation. Next step, a correlation is drawn between the custody hearing and the constitutional fundamental rights and guarantees of the detainee in flagrant offence, specifically, as regards the violation of the detainee's physical and moral integrity. In this historical and normative hermeneutic north, from a re-reading of the Arendtian concept of banality of evil, it is investigated whether the custodial audience would be a prelude to overcoming the normality of the inhumanity, the naturalization (banalization) of violence in the act of imprisonment in flagrant offence.

**Keywords:** Custody Court Hearing. Criminal penalty. Torture. Banality.



## LISTAS

### LISTA DE FIGURAS

Figura 01: Julgando a tortura: análise jurisprudencial.....	93
---	----

### LISTA DE QUADROS

Quadro I: Audiência de custódia em números.....	95
---	----

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 A tortura como instrumento histórico de violação dos Direitos Humanos Fundamentais.....</b>	<b>15</b>
2.1 INTRODUÇÃO .....	15
2.2 CONCEITO DE TORTURA .....	17
2.2.1 Conceito Legal .....	18
2.2.2 Conceito de tortura nas convenções de direito internacional.....	23
2.2.3 Uma tentativa doutrinária de conceituar o ato de tortura.....	28
2.3 TORTURA NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA: CONSIDERAÇÕES GERAIS .....	30
2.4 IDADE MÉDIA E MODERNA .....	34
2.5 ILUMINISMO E O PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO: A ABOLIÇÃO DA TORTURA? .....	37
2.6 A TORTURA NO BRASIL: ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS .....	40
<b>3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: a adequação do ordenamento jurídico interno às obrigações internacionais .....</b>	<b>44</b>
3.1 INTRODUÇÃO .....	44
3.2 A INSTRUMENTALIDADE HIPOTÉTICA DAS MEDIDAS CAUTELARES: A PRISÃO EM FLAGRANTE COMO MEDIDA PRÉ-CAUTELAR DE GARANTIA MÁXIMA .....	45
3.2.1 A instrumentalidade das medidas cautelares .....	46
3.2.2 A prisão em flagrante: pré-cautelaridade de garantia máxima .....	49
3.3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: EM BUSCA DE UM MODELO GARANTISTA.....	52

3.3.1 A realidade carcerária brasileira: a violação dos direitos humanos do detido e a necessária mudança de paradigma .....	53
3.3.2 A audiência de custódia: a necessária virada paradigmática .....	66
3.3.3 Audiência judicial de custódia (de garantia).....	69
3.4 TRATADOS INTERNACIONAIS: CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS .....	72
3.5 PROJETO DE LEI DO SENADO N. 554/2011 .....	74
<b>4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: um prelúdio da desconstrução da cultura de torturar no Brasil por meio da superação da normalidade do desumano? .....</b>	<b>82</b>
4.1 A NORMALIDADE DO DESUMANO: BREVES CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA INTERFACE COM O CONCEITO ARENDTIANO DE BANALIDADE DO MAL .....	82
4.2 A TORTURA EM <i>TERRA BRASILIS</i> : O DIREITO A NÃO TER DIREITOS .....	86
4.3 A NATURALIZAÇÃO DA TORTURA: A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A NORMALIDADE DO DESUMANO .....	89
4.4 A (SIMBÓLICA) CONTRIBUIÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: LIDANDO COM O PROBLEMA NA PORTA DE ENTRADA DO SISTEMA .....	93
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>103</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>106</b>
<b>ANEXO A .....</b>	<b>117</b>
<b>ANEXO B .....</b>	<b>123</b>

## 1 INTRODUÇÃO

*“A melhor reforma do direito penal seria a de substituí-lo, não por um direito penal melhor, mas por qualquer coisa melhor do que o direito penal”*

(Gustavo Radbruch).

A audiência judicial de custódia (ou de garantia), nos termos propostos pelo projeto de lei do Senado de nº 554/2011, de iniciativa do Senador Antônio Carlos Valadares, e conforme previsão expressa em tratados internacionais de Direito Humanos (dentre eles, o Art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o art. 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos), tem como objetivo último assegurar as liberdades públicas fundamentais constitucionais do preso em flagrante, em especial sua integridade física e moral.

Em apertada síntese, a medida visa alterar o §1º do art. 306<sup>1</sup> do Código de Processo Penal, instituindo a obrigatoriedade de apresentação, sem demora, de todos os presos à autoridade jurisdicional competente no prazo máximo de 24 horas após a prisão em flagrante delito. Os desdobramentos de tal reforma, no entanto, são por demais significativas.

Tal reforma processual (procedimental) vem em boa hora, visto que a política criminal (seletiva e punitiva) adotada com mãos fortes pelo Brasil tem sido assustadoramente frutífera: estatisticamente, o Brasil é o terceiro país no mundo em taxa de encarceramento. Cumprindo com seu papel simbólico, o expansionismo penal, conjugado com uma crescente pressão midiática no sentido de flexibilizar as garantias processuais do imputado, contribui significativamente para modelar o cenário nacional em destaque.

Some-se isso a permanente e reiterada violação dos direitos humanos dos encarcerados, como se encarcerado humano não fosse, ou ao ser encarcerado, o humano fosse destituído de sua intrínseca dignidade. Trata-se de uma violação histórica e, em certa medida, consentida pelas autoridades públicas, consentimento este evidenciado pela prolongada omissão das referidas autoridades no cumprimento de suas obrigações constitucionais, legais e institucionais para garantia e promoção dos direitos humanos.

---

<sup>1</sup> Art. 306. (...)§ 1.º **No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente**, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. [destacado]

Por via de consequência, impera, no cenário brasileiro, em particular, um verdadeiro estado de coisas inconstitucional, marcado pela constatação de um quadro de não apenas proteção deficiente (ou até mesmo ausente), e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas. E o principal produto, por excelência, desse lamentável estado é o sistema penitenciário brasileiro, que viola sistematicamente os preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, os direitos fundamentais dos presos seletivamente arregimentados pelo sistema.

Com efeito, a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas.

Atento a esse cenário, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, com justiça, instituiu o Projeto “Audiência de Custódia”, que está sendo operacionalizado em todas as unidades da Federação. Tal medida (audiência de custódia) consiste, como já mencionado, na apresentação imediata, ou sem demora, da pessoa presa em flagrante ou sem mandado judicial pela polícia à autoridade judicial competente.

Mais uma vez: a audiência de garantia tem como finalidade salvaguardar os direitos e garantias fundamentais do detido, em especial visa preservar a lisura de sua integridade física e psíquica, materializando, assim, o início de um processo civilizatório e humanizador do processo penal, e consistindo em poderoso mecanismo jurídico-político de desconstrução da cultura da naturalização da violência no ato de prisão.

E aqui repousa o ponto nevrálgico que motiva a presente pesquisa: a audiência de custódia é um instrumento de política criminal que representa um passo significativo para superação da herança histórica da prática da tortura no Brasil?

Nesse compasso, o presente trabalho tem como objetivo geral verificar se a implantação da audiência de custódia no Brasil representa o início de um processo civilizatório e humanizador do sistema de justiça criminal, consistindo em um poderoso instrumento de política criminal de combate à cultura da normalidade do desumano, que se inicia já no ato de prisão em flagrante delito.

De outro giro, de forma específica, mas adotando-se a mesma perspectiva, pretende-se: apresentar um recorte histórico-evolutivo da prática da tortura (e maus-tratos) como instrumento de violação dos direitos humanos fundamentais, por excelência; fazer uma análise crítica, de índole dogmática e criminológica, da audiência judicial de custódia, percorrendo, para tanto, sobre sua implementação e regulamentação legislativa no plano

interno, levando em conta a previsão do instituto em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, bem como o projeto de lei do Senado de nº 554/2011; abordar, sob um viés crítico, a lógica de exclusão social; analisar a correlação entre a audiência de custódia e os direitos e garantias fundamentais constitucionais do preso em flagrante, especificamente, no que tange à violação da integridade física e moral do detento; investigar a audiência de custódia como medida de combate à banalização da cultura de torturar no ato de prisão e como instrumento de combate à normalidade do desumano, que é a aceitação (mesmo que por omissão) do intolerável da indignidade humana.

Nesse norte, portanto, no primeiro capítulo é feito um recorte histórico-evolutivo (da Antiguidade Clássica até a Idade Moderna, passando pelo Iluminismo com o suposto processo de humanização do direito e da pena, em específico) sobre a prática da tortura, em busca de uma delimitação conceitual do crime de tortura, dada sua significativa variação conceitual ao longo da história da humanidade. Passo seguinte, prossegue-se em busca por um conceito legal, doutrinário e presente nos tratados internacionais que versam sobre o tema, concluindo-se, por fim, com uma abordagem histórica e jurídica dessa (injustificável) prática no Brasil.

No capítulo seguinte, a audiência de custódia é apresentada como uma virada paradigmática necessária diante da realidade carcerária brasileira, a qual, por sua vez, é exemplo, por excelência, da violação dos direitos humanos fundamentais. São esboçados, também, os aspectos procedimentais da audiência judicial de garantia e sua previsão nos tratados internacionais de direitos humanos.

Por fim, no capítulo final, a partir uma releitura do conceito arendtiano de banalidade do mal, investiga-se a audiência de custódia como mais instrumento de política criminal que tem como finalidade superar a normalidade do desumano consistente na naturalização (banalização) da violência no ato de prisão em flagrante delito.

Metodologicamente, serão colacionados comentários e excertos de diversos doutrinadores que laboram, principalmente, no campo da Criminologia Crítica, do Direito Constitucional, Penal, Processual Penal e dos Direitos Humanos, bem assim como decisões e orientações firmadas pelos Tribunais e pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, e Supremo Tribunal Federal – STF.

Ressalte-se que, sempre que possível, não se adentrará no mérito de tais julgados, pois que desbordaria do escopo do presente trabalho. Ao revés, apenas serão propaladas as respectivas conclusões no que toca aos temas analisados, primando-se, assim, pela objetividade. As ideias jurisprudenciais e doutrinárias apresentadas serão cotejadas, harmonizadas e confrontadas, sem prejuízo de algumas sucintas reflexões, ponderações e

críticas por parte do autor.

A metodologia empregada na investigação acadêmica empreendida consistirá, ainda, na coleta de informações em acervos virtuais – internet, dentre outros.

Nesse caminhar, foi empreendida uma pesquisa direta no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, coletando-se dados referentes ao quantitativo de audiências de custódia realizadas no Brasil, em cada Estado da Federação e seus resultados. Anexou-se, ainda, dados relativos à implementação pragmática da audiência de custódia em todo o país, com menção de datas específicas e do respectivo evento. Ainda nessa norte, foi anexado ao presente trabalho um fluxograma elaborado pelo CNJ simplificando o procedimento a seguir seguido nas audiências de custódia.

De mesmo modo, buscar-se-á, por meio de (refinada) compilação bibliográfica, a exposição do pensamento dos autores que se debruçaram sobre o tema proposto, organizando-se as vertentes ideológicas assumidas, expondo-se, ainda, como a realidade sociocultural brasileira influencia e repercute no debate do tema.

Portanto, a presente dissertação tem como finalidade apresentar uma reflexão em torno da implementação da audiência judicial de custódia no Brasil, com a finalidade de verificar se tal implementação representa (ou não) um passo significativo para superação da herança histórica da prática da tortura no Brasil e, quiçá, um passo inicial para humanizar todo o processo penal.

## **2 A tortura como instrumento histórico de violação dos Direitos Humanos Fundamentais**

### **2.1 INTRODUÇÃO**

A tortura, em sua acepção ampla, não é um fenômeno recente, nem tampouco só de nossos dias ou, no caso especificamente do Brasil, de um passado histórico recente<sup>2</sup>. As primeiras civilizações humanas já registravam atos hostis entre seus contemporâneos por razões diversas. Nesse compasso, segundo Valéria Diez Goulart (2002, p.19), estudar a história da tortura é estudar a história da própria humanidade, de seus conceitos e valores.

Diga-se, desde já, no entanto, que por ser uma prática histórica e tão antiga quanto a humanidade, por vezes ideologicamente institucionalizada e até codificada, em alguns casos, não significa que a tortura seja moralmente justificada ou juridicamente aceitável.

Em que pese sua historicidade, esse é um assunto urgente e atual. A punição do “bandido” a qualquer custo e em nome da segurança da coletividade, amplamente chancelada em redes sociais, significa a aceitação, implícita, ou até explícita, da prática da tortura por agentes do Estado.

Forma extremada de violência, que ocorre, em regra, progressivamente, a prática da tortura representa, sem dúvidas, uma forma de dominação, de sujeição dos mais fracos e débeis aos interesses e vontade dos mais fortes<sup>3</sup>. A crueldade dos tormentos era voltada estruturalmente de forma seletiva para as classes inferiores e em condição de vulnerabilidade (e/ou miserabilidade), como os escravos, por exemplo.

Nesse norte de consideração, essa prática hedionda, que coisifica o humano e desumaniza-o por completo, representa, indubitavelmente, um instrumento histórico de violação dos direitos humanos.

---

<sup>2</sup> Comparativamente com outros povos, o Brasil é considerado ainda uma nação jovem “descoberta” por volta de 500 anos. Segundo Fernando Salla e César Alvarez (2006) “o processo de tomada do território, a colonização e a ocupação econômica estiveram sempre associados à imposição violenta de dominação sobre massas de indígenas e de negros trazidos da África, quando não à destruição sistemática de grupos humanos e de suas culturas em meio a guerras.” Para Cunha Arantes (2010, p. 59), “a violência como punição e castigo, como sacrifício, defesa, ou agressão, está presente em mitos que falam da fundação do social, da instituição da lei, da irrupção da irreverência e do desafio à norma. Sendo uma produção social, a violência permeia a história das civilizações em díspares manifestações, da mitologia à violência entre poderes; da violência entre um e outro, à violência pública; da violência como defesa à violência como ataque.”

<sup>3</sup> Para Valéria Diez Goulart (2002, p.19) “a prática reiterada e a legalização dos tormentos tem íntima ligação com o momento vivido pela sociedade, que, durante os tempos antigos e principalmente medievais, via na tortura a solução para os grandes males e um verdadeiro espetáculo.”



Mesmo que em um momento histórico inicial não se possa falar em um rol sistematizado de direitos humanos, como um conjunto ordenado de direitos fundamentais constitucional e/ou convencionalmente positivados, partindo-se da perspectiva *jusnaturalista*<sup>4</sup>, é possível afirmar que a tortura simboliza, e sempre simbolizou, uma forma secular de lesionar os direitos intrínsecos a todo ser humano, na medida em que viola o inalienável valor supremo da dignidade humana<sup>5</sup>.

Pesquisadores e estudiosos tem demonstrado considerável preocupação com o aumento significativo e a permanência das práticas de torturas e maus-tratos nas sociedades contemporâneas, em um contexto de um Direito Penal máximo, de um controle social multifacetado e da minimização das garantias constitucionais e processuais (CÉSAR ALVAREZ, 2008).

Inobstante a relevância prática, o presente trabalho não se propõe a fazer uma leitura *jusfilosófica*<sup>6</sup> da tortura, mas a fazer, nesse primeiro momento, um breve retrospecto da tortura, sem a pretensão de esgotar o assunto sob qualquer perspectiva que seja adotada, mas tão somente trabalhar com informações que possibilitem uma visão historicamente progressiva dessa prática desumana.

---

<sup>4</sup> Diversas teorias concorrem em torno do assunto da justificação ou fundamentação dos direitos humanos, destacando-se, aqui, a fundamentação *jusnaturalista*, segundo a qual os direitos humanos antes de serem positivados nas Declarações de Direitos e nas Constituições, constituem verdadeiros direitos morais, intrinsecamente relacionados com a própria existência da humanidade e de seu desenvolvimento histórico, político, econômico e social. São direitos universais, válidos universalmente, inalienáveis, imprescritíveis, e, que garantem a dignidade do homem perante os demais e também sua autonomia, emancipação e liberdade frente ao poder do Estado (DORNELAS, 2003). Dissertando com precisão e objetividade sobre o tema, Dirley da Cunha (2010, p. 596) ensina que “na doutrina dos direitos do Homem questiona-se sobre a fundamentação filosófica desses direitos, ou seja, busca-se descortinar uma justificação que os torne necessários e os reforce. Nesse contexto, variadas são as vertentes *jusfilosóficas* que esgrigem, com argumentos não raro excludentes entre si, as concepções justificadoras dos direitos do Homem. Assim, segundo os *jusnaturalistas*, os direitos do homem são imperativos do direito natural, inatos ao ser humano, anteriores e superiores ao Estado. Para os *positivistas*, os direitos do Homem são franquias previstas e concedidas por lei. Na visão dos *idealistas*, os direitos do Homem são pautas ideais recolhidas ao longo do tempo, enquanto para os *realistas* são o resultado da experiência concreta haurida das lutas políticas, econômicas e sociais.”

<sup>5</sup> Registre-se, aqui, o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60), sobre o valor supremo da dignidade da pessoa humana: “Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.” No mesmo caminho, o entendimento de Jussara Maria Jacintho (2006, p. 206): “O Estado de direito brasileiro pugna pelo modelo democrático, em tudo garantidor da evolução da pessoa humana. É, portanto, princípio-matriz do Estado de direito democrático brasileiro a dignidade humana. É princípio que se sobrepõe a todos os outros e que orienta a interpretação de todos os regimes constitucionais postos em vigor a partir da Carta Política de 1988.”

<sup>6</sup> Segundo Benevides Soares (2010, p. 21): “A discussão sobre a tortura, onde quer que se dê, envolve aspectos históricos, filosóficos, morais, jurídicos, políticos, psicológicos e sociais. No Brasil, trata-se de questão crucial e mobilizadora na área dos Direitos Humanos, embora ainda negligenciada – ou manipulada em nome de interesses escusos – no debate público.”

No entanto, antes mesmo de prosseguirmos rumo às raízes históricas da tortura no mundo e, mais particularmente, no Brasil, faz-se necessário conceituar o que se entende por tortura, delimitando-se conceitualmente o referido fenômeno. Assim é preciso, pois a tortura pode ser analisada a partir de diversas perspectivas.

## 2.2 CONCEITO DE TORTURA

Do ponto de vista etimológico, tortura significa “suplício, tormento” (FERREIRA, 1975, p. 1391). Trata-se de uma ferramenta de imposição gradual de sofrimentos com uma finalidade específica, via de regra, ou, simplesmente, como ritual extremamente cruel, com um viés religioso e místico<sup>7</sup>.

Diga-se, desde já, no entanto, que conceituar ou definir normativa, filosófica, histórica e até semanticamente tortura não é algo simples, dada a carga historicamente milenar que a prática traz em si, causando uma oscilação conceitual marcante. Trata-se de um conceito normativo historicamente determinado.

Para Vanessa Chiari Gonçalves (2011), a tortura é dotada de um conteúdo essencialmente histórico-normativo, o que lhe confere, portanto, uma “variação conceitual significativa.” Ou seja, o conceito de tortura sofreu mutações normativas ao longo dos séculos.

Será traçado, doravante, o conceito legal do crime de tortura, tanto do ponto de vista do ordenamento jurídico interno, quanto do ponto de vista do Direito Internacional, insculpido nas convenções e tratados sobre o assunto, levando-se em conta, ainda, a evolução doutrinária em volta do tema<sup>8</sup>.

Consigne-se, ainda, que por qualquer ângulo que se estude o tema proposto, “a indignidade da tortura deveria ser evidente, pois quem tortura quer justamente desumanizar suas vítimas, tratando-os como seres indignos” (BENEVIDES SOARES, 2010, p. 24).

Isto é assim, pois a tortura e outros abusos – físicos ou psicológicos, caracterizam sempre um *reductio ad absurdum*, na medida em que representam uma degradação absoluta da humanidade, em faceta dupla, pois não apenas o torturado é ignorado enquanto sujeito (e

---

<sup>7</sup> Suposto processo de purificação espiritual. Nos primórdios da humanidade, quando havia uma confusão entre religião, misticismo, ocultismo e poder, o ato de tortura era dotado de uma simbologia espiritual e sacramental (SZNICK, 1998, p.21).

<sup>8</sup> Nas palavras de César Alvarez (2008): “embora leis e tratados sejam de vital importância para combater a tortura, provavelmente não são suficientes e não basta apenas discutir a eficácia dos mecanismos jurídicos sem discutir as condições históricas e sociais que estimulam ou inibem tais práticas. Enfim, uma visão jurídica do tema pode – e deve – ser complementada por estudos que abordem a tortura como um fenômeno histórico e social.”

não objeto, literalmente) de direitos, mas o torturador perde a consciência de sua própria dignidade, tornando-se um aleijado moral (COMPARATO, 2010, p. 98).

A tortura, em verdade, é um recurso de controle social, como exercício exacerbado da posse, como demonstração exemplar de poder (MARQUES DE JESUS, 2009, p. 56). Com ela se busca a anulação do outro. Martins Maldo<sup>9</sup>, ao tratar dos grupos sociais vulneráveis à tortura, preleciona nesse mesmo norte:

Com ela se busca a submissão do corpo e, com esta, a anulação do outro, do antagonista, do diferente, e a “superexistência” do dominador. A absolutização da propriedade oligárquica se transfigura na absolutização do proprietário e de seus privilégios. (...) A tortura, como prática de repressão e controle no campo brasileiro, se dá dentro de contextos que a emolduram e legitimam. (MALDO, 2010, p. 123-124)

Advirta-se, por fim, como já asseverado, que não se busca, aqui, esgotar a temática apresentada, visto ser um tema historicamente multifacetado e abrangente. Tenta-se, entretanto, contribuir de algum modo, lançando-se mão de ampla pesquisa bibliográfica em volta do assunto.

### 2.2.1 Conceito Legal

Partindo-se do plano legislativo interno para o externo, pode-se encontrar o conceito legal de tortura no artigo 1º da Lei nº 9.455/97<sup>10</sup>, o qual define o crime de tortura como constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de

<sup>9</sup> Segundo o autor em destaque (2010, p. 125) “apesar dos avanços institucionais das últimas décadas, da redemocratização à Constituinte, de um governo federal preocupado com a questão dos Direitos Humanos a um governo federal também preocupado com respeito ao protagonismo dos povos indígenas, camponeses e populações tradicionais, a ideologia colonial e suas práticas instrumentais de violência, entre estas a prática da tortura, ressurgem em surtos, como uma maneira conhecida e estabelecida das elites locais lidarem com a alteridade e com a inconformidade com seus direitos constitucionais.”

<sup>10</sup> Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos. § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. § 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezoito anos. § 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço: I - se o crime é cometido por agente público; II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; III - se o crime é cometido mediante sequestro. § 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. § 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. § 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosas; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; ou, ainda, submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Registre-se, no entanto, aqui, que nove anos antes a Constituição Federal, consignando mandado explícito de criminalização e penalização, já dispensava tratamento constitucional diferenciado à tortura, conferindo-lhe o *status* de crime hediondo e tornando-a inafiançável e insuscetível de graça ou anistia<sup>11</sup>.

Inobstante o mandamento constitucional, ante a ausência da tipificação penal, o mandado da Carta Maior havia-se tornado em uma mera folha de papel morta.

Com efeito, diante da inexistência de um tipo penal específico, o qual foi introduzido em nosso arcabouço jurídico-penal somente com a Lei nº 9.455/97, a tortura era punida com base em outros tipos penais do ordenamento jurídico, os quais, via de regra, eram de gravidade menor, como lesão corporal ou abuso de autoridade, salvo, por óbvio, quando praticada como meio necessário de execução de outra infração penal, situação na qual a conduta era perfeitamente enquadrada como agravante ou qualificadora do homicídio<sup>12</sup>.

Nesse compasso, o Código Penal, em sua parte geral, consagrou o ato de torturar como elemento agravante, o que repercutiria, diretamente, no aumento da pena-base até o máximo legalmente previsto (conforme artigo 61, II, d do CP). Já em sua parte especial, o crime do art. 146 (constrangimento ilegal), levado a efeito por meio de violência ou grave ameaça, é consequência do crime de tortura.

Nesse caminhar, a lei de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65), trouxe ínsita a prática da tortura na expressão “constrangimento não autorizado em lei”, conforme expresso em seu artigo 4º, letra *b*, para os casos mais genéricos, bem como atentado à incolumidade física do indivíduo, em seu artigo 3º, letra *i*, para o caso específico de violência.

Cite-se, ainda, como antecedente, a regulamentação normativa trazida pelo Estatuto da Criança e Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90), em seu artigo 233, o qual, no entanto, foi expressamente revogado pelo art. 4º da lei de tortura<sup>13</sup>.

Apesar das mencionadas regulamentações que antecederam à legislação específica, em regra, o fato não era punido com o devido rigor, visto que, em que pese a equiparação

---

<sup>11</sup> Em seu artigo 5º, inciso XLIII.

<sup>12</sup> Vide artigos 61, II, d e 121, § 2º, III, do Código Penal. Segundo Fernandes Goulart (2002, p. 48): “Nesse caso, justificava-se a elevação da pena em razão do grande sofrimento causado à vítima durante a prática do crime, o sofrimento desnecessário e atormentador, deliberadamente infligido à vítima, que o agente faz preceder à extinção da vida.”

<sup>13</sup> Art. 4º Revoga-se o art. 233 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

constitucional da prática como crime hediondo, seu enquadramento em tipos penais diversos não equiparados ou considerados crimes hediondos, livrava o agente criminoso dos rigores da lei de crimes hediondos (DIEZ GOULART, 2002, p. 48).

Mencione-se, por exemplo, que a pena privativa máxima, no caso da lei de abuso de autoridade, de seis meses de detenção, autorizava a suspensão condicional do processo, retirando da lei o efeito prático intimidador.

Cite-se, além disso, a disposição encampada pelo nosso Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), tipificando como crime o uso de violência ou grave ameaça para coagir alguém a votar, ou não votar, em determinado candidato ou partido, ainda que os fins visados não fossem conseguidos (*vide* art. 301).

A lei específica de tortura deu um tratamento normativo mais amplo e firme ao assunto, definindo os crimes de tortura e estabelecendo outras disposições acerca das formas qualificadas, das causas de aumento de pena, das sanções e demais consequências referentes à fiança, regime de pena, dentre outros.

A tipificação da tortura, de *per si*, representou um avanço significativo no contexto em que a respectiva lei foi promulgada, além de cumprir com a finalidade simbólica hiperlegislativa do Direito Penal, na medida em que (a mencionada lei) configura um mecanismo legítimo de desestímulo à prática da tortura e ao emprego do tormento como meio investigatório.

Trata-se, em verdade, de uma norma penal de garantia, que confere efetividade aos ditames constitucionais de incriminação, penalização e proibição da tortura como meio de obtenção de prova no processo penal.

Registre-se que, mesmo após quase 20 (vinte) anos da existência da lei de tortura, essa prática ainda é comum, legitimada de forma velada sob o espúrio argumento de garantia da segurança pública. Em que pese representar uma vitória significativa da racionalização da pena e humanização do direito penal, a lei de tortura padece, como grande parte das leis brasileiras, de uma crise de efetividade.

Problema crônico no Brasil<sup>14</sup>, as estatísticas envolvendo essa prática são assustadoramente altas<sup>15</sup>. Por vezes, tratada como política de Estado, medida de salvaguarda

---

<sup>14</sup> Relatório da entidade *Human Rights Watch* (HRW) afirma que o Brasil precisa ainda superar problemas envolvendo tortura por agentes policiais, execuções e as condições desumanas das prisões. A organização classifica a tortura como um "problema crônico" nas forças de segurança e centros de detenção do país e também critica o excesso de uso da força letal por agentes, em especial em casos de São Paulo e no Rio. (G1, 2015).

<sup>15</sup> Entre janeiro de 2012 e junho de 2014, o centro de ouvidoria nacional do HRW no Brasil recebeu 5.431 denúncias de tortura, crueldade, desrespeito ou tratamento degradante - cerca de 181 reclamações por mês. As denúncias são de todo o país e foram feitas por um serviço de atendimento telefônico disponibilizado pela organização (G1, 2015).

da segurança pública, como dito acima, a tortura representa mais um (cruel e ilegítimo) mecanismo de combate ao crime, uma (suposta) prática investigativa legítima, do que um crime em si.

Nessa mesma direção de considerações, Guilherme de Souza Nucci aponta, com precisão advinda de experiências vivenciadas na prática, a crise de efetividade da lei em destaque, *in verbis*:

Quando uma conduta de tortura atinge inúmeras pessoas, muitas das quais morrem ou, sob outra hipótese, o caso de algum modo, atinge a imprensa e é nacionalmente noticiado, há um choque momentâneo da sociedade. As autoridades se mobilizam, alegando instaurar inquéritos e procedimentos verificatórios; alguns legisladores se manifestam pela alteração da lei; enfim, há uma certa movimentação.

No entanto, temos observado, desde a edição da Lei de Tortura em 1997, não haver um índice de condenações de torturadores em nível compatível com o número de torturas efetivamente realizadas. Como saber disso? Em primeiro lugar, quando atuávamos como juiz de primeira instância, nos interrogatórios de réus, ouvíamos várias queixas de terem sido os presos torturados para admitir a prática do delito. Em segundo, enquanto o número de reclamações de presos somente subia, jamais houve condenações no mesmo patamar. Aliás, a bem da verdade, mesmo na época em que comentávamos a lei da tortura, inexistiam acórdãos para citar. Noutros termos, a tortura, na jurisprudência, parece inexistente, significando não haver condenações. Porém, ela existe. Repórteres noticiam os fatos; advogado idem; delegados admitem a sua existência *in off*; juízes e promotores comentam casos concretos; no entanto, as condenações inexistem ainda assim. (NUCCI, 2016, p. 100-101)

Tais dados representam, simbolicamente, uma “maldita tradição” herdada pelo nosso país, e inobstante se repitam miseravelmente em todo o país, não impedem de se registrar os significativos avanços na luta pela defesa e promoção dos direitos humanos fundamentais. De fato, como será melhor explicado doravante, a superação da banalização da maldade requer uma atuação conjunta e harmônica do Estado e da sociedade, sustentando, ambos, a mesma bandeira em defesa do ser humano, por humano ser.

Atenta a essa incômoda realidade, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ publicou a Portaria nº 82/2010<sup>16</sup>, criando o grupo de trabalho para o levantamento e apuração de abuso de autoridade e qualquer outro tipo de violência perpetrado por agentes públicos contra presos e adolescentes em conflito com a lei.

Em linhas gerais, o mencionado grupo de trabalho tem como atribuição identificar todos os procedimentos administrativos, inquéritos e ações relacionados a casos de tortura e abuso de autoridades; propor a requisição de instauração de processo administrativo contra suspeitos que já respondem a inquéritos e ações; concitar ao Ministério Público a mover ações de improbidade contra os suspeitos e concitar a Defensoria Pública a ingressar com ações de

<sup>16</sup> A íntegra da portaria pode ser consultada no seguinte link: [http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/portaria-n82-29-04-2010-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/portaria-n82-29-04-2010-presidencia.pdf)

indenização contra o Estado em favor das vítimas (vide o art. 1º e incisos da Portaria nº 82/2010).

Mais recentemente, a Lei nº 12.847/2013 instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – SNPCT, com o objetivo de fortalecer a prevenção e o combate à tortura, por meio de articulação e atuação cooperativa de seus integrantes, dentre outras formas, permitindo as trocas de informações e o intercâmbio de boas práticas.

Pautado nos princípios da proteção da dignidade da pessoa humana, da universalidade, da objetividade, não seletividade, igualdade, imparcialidade e não discriminação, bem como nas diretrizes de respeito integral aos direitos humanos, em especial aos direitos das pessoas privadas de liberdade; articulação com as demais esferas de governo e de poder e com os órgãos responsáveis pela segurança pública, pela custódia de pessoas privadas de liberdade, por locais de internação de longa permanência e pela proteção de direitos humanos; e adoção das medidas necessárias, no âmbito de suas competências, para a prevenção e o combate à tortura e a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, o SNPCT<sup>17</sup> tem em sua composição órgãos e entidades públicas e privadas com atribuições legais ou estatutárias de realizar o monitoramento, a supervisão e o controle de estabelecimentos e unidades onde se encontrem pessoas privadas de liberdade, ou de promover a defesa dos direitos e interesses dessas pessoas (art. 2º).

A Mencionada lei, de seu turno, definiu tortura em seu art. 4º, inciso I, como os tipos penais previstos na Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, respeitada a definição constante do Artigo 1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos

---

<sup>17</sup> O SNPCT tem suas atribuições delimitadas no art. 6º da lei em comentos, nestes termos: Art. 6º Fica instituído no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - CNPCT, com a função de prevenir e combater a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, mediante o exercício das seguintes atribuições, entre outras: I - acompanhar, avaliar e propor aperfeiçoamentos às ações, aos programas, aos projetos e aos planos de prevenção e combate à tortura e a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes desenvolvidos em âmbito nacional; II - acompanhar, avaliar e colaborar para o aprimoramento da atuação de órgãos de âmbito nacional, estadual, distrital e municipal cuja função esteja relacionada com suas finalidades; III - acompanhar a tramitação dos procedimentos de apuração administrativa e judicial, com vistas ao seu cumprimento e celeridade; IV - acompanhar a tramitação de propostas normativas; V - avaliar e acompanhar os projetos de cooperação firmados entre o Governo brasileiro e organismos internacionais; VI - recomendar a elaboração de estudos e pesquisas e incentivar a realização de campanhas; VII - apoiar a criação de comitês ou comissões semelhantes na esfera estadual e distrital para o monitoramento e a avaliação das ações locais; VIII - articular-se com organizações e organismos locais, regionais, nacionais e internacionais, em especial no âmbito do Sistema Interamericano e da Organização das Nações Unidas; IX - participar da implementação das recomendações do MNPCT e com ele se empenhar em diálogo sobre possíveis medidas de implementação; X - subsidiar o MNPCT com dados e informações; XI - construir e manter banco de dados, com informações sobre a atuação dos órgãos governamentais e não governamentais; XII - construir e manter cadastro de alegações, denúncias criminais e decisões judiciais; XIII - difundir as boas práticas e as experiências exitosas de órgãos e entidades; XIV - elaborar relatório anual de atividades, na forma e no prazo dispostos em seu regimento interno; XV - fornecer informações relativas ao número, tratamento e condições de detenção das pessoas privadas de liberdade; e XVI - elaborar e aprovar o seu regimento interno.

ou Degradantes, promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991, convenção esta apresentada logo adiante.

Mencione-se, ainda, que a lei em liça criou o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura-MNPCT<sup>18</sup>, órgão integrante da estrutura da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, responsável pela prevenção e combate à tortura e a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (art. 8º).

Mencionados mecanismos funcionam, por um lado, como meios institucionais e legais de superar a crise de efetividade da lei de tortura, bem como, por outro olhar, como formas legítimas de prevenir e combater o cometimento do crime hediondo em debate.

A tortura, portanto, é uma realidade fenomenológica irrefutável e incompreensivelmente tolerada, mesmo que o discurso seja outro. Mesmo assim, é com grande dificuldade que se consegue uma real punição.

Incontestável que a tortura fere profundamente os direitos humanos, ferindo de morte o valor supremo de nosso ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana. Deve o poder público, portanto, atuar de forma mais incisa, proativa e exemplar, não sendo, em hipótese alguma, complacente com esse tipo de conduta.

Em qualquer plano de disputa, luta, guerra ou similar, há de se respeitar a dignidade humana, sob pena de se animalizar ou coisificar o ser humano. Os direitos humanos não impedem a atuação do Estado no combate ao crime, eles visam impedir os meios ilícitos para essa luta (NUCCI, 2016, p. 102).

## **2.2.2 Conceito de tortura nas convenções de direito internacional**

O combate à prática da tortura é uma aspiração de proporções mundiais. Motivo pelo qual, o assunto tem sido alvo de diversos tratados e convenções internacionais, os quais também avançaram gradativamente no trato da matéria<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Dentre as atribuições do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura-MNPCT, cite-se o dever de planejar, realizar e monitorar visitas periódicas e regulares a pessoas privadas de liberdade em todas as unidades da Federação, para verificar as condições de fato e de direito a que se encontram submetidas; e requerer à autoridade competente que instaure procedimento criminal e administrativo mediante a constatação de indícios da prática de tortura e de outros tratamentos e práticas cruéis, desumanos ou degradantes.

<sup>19</sup> Registre-se, desde já, segundo o escólio do jurista Fábio Konder Comparato (2010, p. 81) “embora praticada sem descontinuar desde os tempos mais recuados da História, e explicitamente condenada pelo artigo V da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a tortura só veio a ser definida juridicamente no final do século XX, com a aprovação pelas Nações Unidas, em 1984, da Convenção Internacional contra a Tortura e Outras Penas e Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes. (...). Em 18 de dezembro de 2002, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou um Protocolo Facultativo a essa Convenção. Tal Protocolo foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 483, de 20 de dezembro de 2006, foi ratificado em 11 de janeiro de 2007 e promulgado pelo Decreto nº 6.085, de 29 de abril de 2007. O objetivo do Protocolo é estabelecer sistemas de



No ano de 1776, a Declaração de Direitos da Virgínia estabeleceu em seu artigo 10, entre outras garantias, a de que o acusado não podia ser forçado a produzir provas contra si mesmo. Anos mais tarde, a Constituição dos Estados Unidos da América, datada de 17 de setembro de 1787, reproduziu a mesma garantia em seu art. 5º (DIEZ GOULART, 2002, p.45).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1789, pelos representantes do povo francês, consignava expressamente em seu art. 9º que “todo homem é suposto inocente enquanto não for declarado culpado; se for indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para lançar mão de sua pessoa deve ser severamente coibido por lei” (DIEZ *apud* PLÍNIO SALGADO, 2002, p. 201).

Em que pese não esteja expressamente consignada a proibição à tortura na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, esta é um corolário direto da principiologia encartada na declaração, visto que para a manutenção da dignidade da pessoa humana há de se banir, por completo, qualquer ato ou prática que, em qualquer medida, barbariza, infama e desumaniza.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de São José da Costa Rica, estabeleceu que ninguém pode ser submetido a torturas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humanos (art. 5º, 2).

Cite-se, ainda, no campo externo, da internacionalidade, a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>20</sup>, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura<sup>21</sup>, aprovada pela Assembleia

vistas regulares efetuadas por órgãos nacionais e internacionais independentes a lugares onde pessoas são privadas de sua liberdade, com a intenção de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.”

<sup>20</sup> Adotada pela ONU em 1984 e promulgada pelo Decreto no 40/1991, A Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes traz a seguinte definição de tortura, em seu artigo 1º: “Artigo 1º: [...] qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência”.

<sup>21</sup> Adotada pela OEA em 1985 e promulgada pelo Decreto no 98.386/1989, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de seu turno, conceitua tortura nos seguintes termos: Artigo 2º: [...] todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo corporal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. [Entende-se] também por tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1985, ambas incorporadas à legislação nacional, tratam conceitualmente do assunto.

Adotada pela Organização das Nações Unidas em 1984, a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes aponta para condutas evitadas de autoritarismo, ilegalidade, e que ministrem violenta dor e sofrimento.

Nota-se de seu texto, que o ato de tortura abrange três objetivos determinados: a) tortura-se com a finalidade de se obter informações ou confissões; b) para se imprimir castigo; e c) para intimidar e coagir certas pessoas.

Para Konder Comparato, no entanto, faltou um quarto objetivo, não menos importante (e cruel), que assume notável relevância no mundo contemporâneo, qual seja, a “montagem de um clima de terror generalizado pelas autoridades estatais, como forma de combate aos movimentos subversivos” (2010, p. 81)<sup>22</sup>.

De seu turno, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, que em linhas gerais segue a definição esboçada pela outra convenção supracitada, confere um caráter mais processual e investigativo à prática de tortura. Nessa linha de postulados, esta reafirma que todo ato de tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes constituem uma ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios consagrados nas convenções internacionais de direitos humanos.

Mais uma vez, aqui, na esfera internacional, tomam-se os direitos humanos fundamentais intrínsecos à dignidade única e inalienável de todo ser humano como a diretriz fulcral no combate a toda espécie de tortura e tratamento desumano, cruel ou degradante.

Em arremate, no entender de Marques de Jesus:

A importância da criminalização da tortura ganha dimensão mundial na década de 80, resultando na adoção, em 10 de dezembro de 1984, da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, durante Assembleia Geral da ONU. Esse documento é de fundamental importância, não somente pela definição atual do crime de tortura, mas por determinar que os Estados signatários repudiem tal prática e que a criminalizem internamente em legislação própria. No ano seguinte, em 9 de dezembro de 1985, foi aprovada a Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir a Tortura, que também tratou de definir conceitualmente a prática da tortura. No sistema de proteção internacional de direitos humanos existe o sistema global, constituído pelas Nações Unidas, e os sistemas regionais: o Europeu, o Americano e o Africano. Conforme Flavia Piovesan, a Convenção Europeia de Direitos Humanos inaugura o sistema regional europeu, a Convenção Americana de Direitos Humanos inaugura o sistema americano e a Carta Africana dos Direitos Humanos inaugura o sistema africano (Piovesan, 2006, p. 63 –165) (2009, p. 42).

<sup>22</sup> Para Comparato (2010, p. 82) “essa nova instrumentalização da tortura foi inventada pelos militares franceses durante a guerra da Argélia, de 1954 a 1962, e reproduzida a seguir em outras partes do mundo, notadamente no Brasil durante o regime de exceção instaurado pelo Golpe Militar de 1964.”

O Volume I do relatório da Comissão Nacional da Verdade, comissão esta criada pela Lei nº 12.528/2011, para apurar e esclarecer, indicando as circunstâncias e a autoria, as graves violações de direitos humanos praticadas entre 1946 e 1988 (BRASIL, 2011), preconiza que a caracterização de um ato como tortura requer os seguintes elementos:

- a) Ação ou omissão intencional de agente do Estado ou terceiro que atue com o consentimento estatal. O fato de a conduta do agente ser baseada em ordens superiores não o exime das responsabilidades correspondentes. O Estado é responsável tanto por atos de tortura cometidos diretamente como pelos instigados, fomentados ou tolerados por autoridades e por outras pessoas. O Comitê contra Tortura da ONU esclarece: quando as autoridades do Estado ou outras pessoas que atuam a título oficial ou no amparo da lei têm conhecimento fundado para crer que sujeitos privados ou agentes não estatais perpetraram atos de tortura e não atuam para impedir, investigar, julgar e sancionar essas pessoas, seus funcionários devem ser considerados autores, cúmplices ou responsáveis pelo cometimento de tortura. A negligência do Estado em intervir, sancionando os autores e reparando as vítimas, facilita e torna possível que os agentes não estatais cometam impunemente atos de tortura, motivo pelo qual a indiferença ou inação do Estado constituem uma forma de incitação e/ou autorização de tortura.
- b) Sofrimento, aflição física ou psíquica infligida à vítima, ou diminuição de sua capacidade física ou mental (mesmo que esta não cause dor física ou angústia psíquica). Nesse caso, devem ser considerados tanto elementos objetivos (como o período de tempo em que a vítima foi submetida a sofrimento, o método utilizado para produzir dor, as condições sociopolíticas gerais que motivaram os atos e a arbitrariedade da medida) como elementos subjetivos (por exemplo a idade, o gênero e a vulnerabilidade da vítima).
- c) Um fim qualquer que motive a conduta – como, a realização de investigação criminal, a intimidação da vítima, a imposição de castigo corporal, de medida preventiva ou de pena, bem como a anulação da personalidade da vítima. O uso sistemático da tortura pode também objetivar a intimidação da sociedade em seu conjunto. (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 284-285)

Apresentando elementos aptos a conferir um contorno conceitual às práticas que configuram tortura, o Protocolo II<sup>23</sup>, da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça

---

<sup>23</sup> Segundo o referido documento, poderão ser consideradas como indícios quanto à ocorrência de práticas de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes: **I.** Quando a pessoa custodiada tiver sido mantida em um local de detenção não oficial ou secreto; **II.** Quando a pessoa custodiada tiver sido mantida incomunicável por qualquer período de tempo; **III.** Quando a pessoa custodiada tiver sido mantida em veículos oficiais ou de escolta policial por um período maior do que o necessário para o seu transporte direto entre instituições; **IV.** Quando os devidos registros de custódia não tiverem sido mantidos corretamente ou quando existirem discrepâncias significativas entre esses registros; **V.** Quando a pessoa custodiada não tiver sido informada corretamente sobre seus direitos no momento da detenção; **VI.** Quando houver informações de que o agente público ofereceu benefícios mediante favores ou pagamento de dinheiro por parte da pessoa custodiada; **VII.** Quando tiver sido negado à pessoa custodiada pronto acesso a um advogado ou defensor público; **VIII.** Quando tiver sido negado acesso consular a uma pessoa custodiada de nacionalidade estrangeira; **IX.** Quando a pessoa custodiada não tiver passado por exame médico imediato após a detenção ou quando o exame constatar agressão ou lesão; **X.** Quando os registros médicos não tiverem sido devidamente guardados ou tenha havido interferência inadequada ou falsificação; **XI.** Quando o(s) depoimento(s) tiverem sido tomados por autoridades de investigação sem a presença de um advogado ou de um defensor público; **XII.** Quando as circunstâncias nas quais os depoimentos foram tomados não tiverem sido devidamente registradas e os depoimentos em si não tiverem sido transcritos em sua totalidade na ocasião; **XIII.** Quando os depoimentos tiverem sido indevidamente alterados posteriormente; **XIV.** Quando a pessoa custodiada tiver sido vendada, encapuzada, amordaçada, algemada sem justificativa registrada por escrito ou sujeita a outro tipo de coibição

– CNJ informa que a definição de tortura na legislação internacional e nacional apresenta dois elementos essenciais:

a) a finalidade do ato, voltada para a obtenção de informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação, ou qualquer outro motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; e b) a aflição deliberada de dor ou sofrimentos físicos e mentais. (RESOLUÇÃO 213/2015 DO CNJ, PROTOCOLO II, p. 1)

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), apesar de não conceituar o que seja tortura, estabelece, na qualidade de *jus cogens* (norma imperativa de Direito Internacional), que ninguém deve ser submetido a torturas, nem penas ou tratos cruéis, o que materializa o princípio da humanidade da pena.

Alie-se a tudo que já foi dito que o crime de tortura, bem como atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental, é considerado, pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>24</sup>, como um crime<sup>25</sup> contra a humanidade<sup>26</sup>, definindo-a nos seguintes termos:

O ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas.

---

física, ou tiver sido privada de suas próprias roupas, sem causa razoável, em qualquer momento durante a detenção; **XV.** Quando inspeções ou visitas independentes ao local de detenção por parte de instituições competentes, organizações de direitos humanos, programas de visitas pré-estabelecidos ou especialistas tiverem sido impedidas, postergadas ou sofrido qualquer interferência; **XVI.** Quando a pessoa tiver sido apresentada à autoridade judicial fora do prazo máximo estipulado para a realização da audiência de custódia ou sequer tiver sido apresentada; **XVII.** Quando outros relatos de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes em circunstâncias similares ou pelos mesmos agentes indicarem a verossimilhança das alegações.

<sup>24</sup> Promulgado no Brasil por intermédio do Decreto presidencial 4.388/2002.

<sup>25</sup> A noção de crime contra a humanidade despontou na consciência jurídica no início do século XIX, quando algumas potências europeias, lideradas pela Inglaterra, decidiram combater o tráfico transatlântico de escravos africanos, largamente praticado desde o século XVI. Em 1815, por ocasião do Congresso de Viena, que reorganizou a ordem política na Europa após a queda de Napoleão, foi aprovada uma Declaração das Potências sobre a Abolição do Tráfico de Escravos, com fundamento nos “princípios da humanidade e moralidade universal”, conforme preleciona Comparato (2010, p. 83).

<sup>26</sup> Nesse sentido, o artigo 7º Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, apresenta como crimes contra a Humanidade os seguintes: Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) **Tortura**; g) Agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) **Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.** [destacado]

Enquanto crime contra a Humanidade, a tortura constitui-se em um “ato delituoso em que à vítima é negada a condição de ser humano” (COMPARATO, 2010, p. 85). Toda humanidade, portanto, é indiretamente ofendida.

Nesse norte, a tortura, na qualidade de crime que afeta, mesmo que indiretamente, toda a humanidade (e retira a humanidade de quem a sofre e pratica), submete-se a regime jurídico específico. Assim é, pois se determinou na Convenção supramencionada que crimes contra a humanidade são imprescritíveis<sup>27</sup>, o que foi reafirmado pelo Tribunal Penal Internacional de 1998, em seu artigo 29 – “os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.”

Inobstante a ampla previsão em tratados e convenções internacionais de longa data, apenas no final da década de 90 o Brasil editou lei específica sobre o assunto, como já alinhavado em linhas anteriores, o que revela o descompasso de país com as obrigações convencionais.

Em suma-síntese, a tortura não só afeta a dignidade humana, como retrata uma flagrante negação de todos os princípios consagrados no Direito Internacional dos Direitos Humanos. E, quando difundida generalizadamente, passa a constituir um crime contra a própria humanidade (FLÁVIO GOMES, VALÉRIO MAZZUOLI, 2009, p. 41)<sup>28</sup>.

### **2.2.3 Uma tentativa doutrinária de conceituar o ato de tortura**

Doutrinariamente a definição de tortura não destoa muito dos conceitos já estabelecidos em sede legal ou convencional. Com efeito, a tortura “é um ato desumano, que atenta à dignidade humana. É o sofrimento profundo, angústia e dor. Torturar a vítima é produzir-lhe um sofrimento desnecessário” (PLÁCIDO e SILVA, 1991, p. 14).

Ulpiano, jurista romano, no século III, já atribuía uma definição à tortura diretamente vinculada à sua finalidade, na medida em que a considerava como sendo o “tormento e o sofrimento do corpo com a finalidade de obter a verdade”. (PETERS, 1989, p. 7)

Para Barbosa (2010, p. 47) a “tortura é um crime hediondo, não é ato político nem contingência histórica e afeta toda a humanidade, na medida em que a condição humana é violentada na pessoa submetida a esse crime.”

---

<sup>27</sup> Consta entre os considerados da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade – 1968 que “é necessário e oportuno afirmar em direito internacional, por meio da presente Convenção o princípio da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade e assegurar sua aplicação universal.”

<sup>28</sup> Para Marques de Jesus (2009, p. 55) “apesar de todo esforço da normativa internacional e dos organismos criados para defender e fiscalizar o cumprimento dessas prerrogativas de direitos humanos pelos países signatários, a tortura continua sendo realidade na maioria dos países.”

PAES CABRAL *apud* Bocer (2015, p. 42), comenta que a tortura constitui o interrogatório a respeito de um crime sabidamente ocorrido, durante o qual se faz uso do tormento do corpo, autorizado legitimamente por um juiz, com o propósito de obter a verdade sobre o crime em questão<sup>29</sup>.

Para Peters, realçando a condição do agente que pratica o ato de tortura:

Apesar da indignação moral e sentimental que a palavra tortura provoca em fins do século XX, sua definição mais abrangente e mais segura é a legal – ou pelo menos pública. Todos os advogados e historiadores citados anteriormente assinalam um elemento comum na tortura: ela constitui um tormento infligido por uma autoridade pública, da mesma forma que a possuem os termos execução e assassinato. (...) A tortura é, portanto, algo que uma autoridade pública pratica ou tolera. (1989, p. 10)

Imputar sofrimento físico a alguém ou a ameaça de praticá-lo imediatamente, com o escopo de se obterem dados privilegiados ou provas de caráter forense de interesse diverso, como militar, civil-administrativo, criminal ou eclesiástico, configura, indubitavelmente, tortura (PETERS, 1989, p. 08).

Guilherme de Souza Nucci, ao abordar questões polêmicas no direito penal que tem uma imbricação direta com os direitos humanos, apresenta uma definição ampla da tortura:

Em linhas gerais, a tortura constitui um método cruel para impor a alguém um sofrimento atroz, insuportável, com finalidades diversas: extrair uma confissão, impor uma sanção, demonstrar força ou até mesmo por puro sadismo. Nada poderia violar mais a dignidade humana do que submeter uma pessoa a tortura; nem mesmo o homicídio é uma forma tão cruel e marcante de exposição decorrente de dor-físico mental. Por isso é condenada em Tratado Internacionais e em ordenamentos jurídicos internos (NUCCI, 2016, p. 100).

Apesar de não haver um conceito unívoco sobre o que se entende por tortura, os elementos característicos desse tipo de prática restaram bem delineados pelos normativos históricos internacionais que tratam do assunto.

Por fim, tendo em vista a finalidade a que este trabalho se propõe, faz-se necessária uma ponderação: apesar de tecnicamente distintos, tortura e maus-tratos (tratamentos cruéis, desumanos e degradantes) serão abordados como se sinônimos fossem, visto a dificuldade, na prática, em estabelecer um limite conceitual entre as duas expressões<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Nesse mesmo norte, Paes Cabral apregoando os ensinamentos de John Langbein (CABRAL *apud* Langbein, 2015, p. 42), ensina que “Quando falamos em tortura judicial, referimo-nos ao uso da coerção física por oficiais do Estado a fim de reunir evidências para as medidas judiciais. Em questões de Estado, a tortura também foi usada para se obter informação em circunstâncias não diretamente relacionadas às medidas judiciais.”

<sup>30</sup> De maneira geral, a gravidade do fato e a intensidade do sofrimento têm sido utilizadas como critérios de diferenciação que conferem à tortura um estigma especial. A experiência tem demonstrado que as condições que dão lugar à prática de maus-tratos facilitam a tortura e, por conseguinte, as medidas necessárias para impedir um tipo de conduta devem ser aplicadas também ao outro. Independentemente da natureza do ato, ambas as condutas são terminantemente proibidas (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 285).

## 2.3 TORTURA NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

A tortura era uma prática aplicada, em regra, com uma finalidade específica, ora sendo um instrumento de penalização, de caráter retributivo-punitivo – nos momentos mais remotos da humanidade, ora como meio de obtenção de provas, sendo, neste último caso, uma prática ainda muito atual.

Mattoso (1986, p. 6), divide a história da tortura em três períodos ou fases. O primeiro, com conotação mais mística, consiste nos ritos tribais das civilizações bárbaras do período pré-clássico. O segundo, ao seu turno, é o período institucional, das grandes tiranias e impérios da antiguidade clássica, medievais e modernos. O último se trata da fase clandestina, das ditaduras e repúblicas contemporâneas.

Os tormentos, na antiguidade clássica, via de regra, eram empregados como instrumentos de punição, como pena corporal, especificamente em civilizações nas quais predominavam o sistema escravocrata, como no Egito, Grécia, Roma e Babilônia (SZNICK, 1998, p. 210).

Nesse primeiro momento histórico, portanto, a finalidade precípua do sofrimento atroz aplicado ao agente infrator era retribuir o delito por este praticado, e, além disso, a tortura geralmente possuía uma característica religiosa e mística, típica dessas civilizações.

Segundo Valéria Diez Goulart (2002, p.20), muito embora esse fosse o principal objetivo dos tormentos, por vezes a tortura tinha clara finalidade probatória e instrumental, buscando, especialmente, confissão ou coerção de pessoas. Ou seja, mesmo nos primórdios da humanidade, a tortura já era usada como meio de obtenção de provas<sup>31</sup>.

Além disso, a prisão daqueles que iriam ser torturados era prática comum, havendo, assim, uma considerável ligação entre prisão e tortura, na medida em que prisão era uma espécie de antessala de suplícios, bem como tinha como finalidade primeira ser um lugar de custódia e tortura (BITENCOURT, 2004, p. 4).

A famosa lei de Talião (acolhida pelo Código de Hamurabi, na Babilônia, pela civilização judaica e na Lei das XII Tábuas, pelos romanos), datada de 2000 a.C., autorizava a violação da integridade física proporcionalmente ao dano causado.

Com efeito, a fórmula “olho por olho e dente por dente”, garantia a aplicação proporcional do castigo ao tempo em que legitimava uma pena cruel, degradante e

---

<sup>31</sup> Nesse sentido, entre os egípcios considerava-se a acusação um dever cívico das testemunhas obrigadas a denunciar o crime e prosseguir na acusação, sob pena de sofrerem punição (ALMEIDA JR., 1980, p. 12).

desumana<sup>32</sup>. O que representa um progresso moral e jurídico de um lado, na medida em que traçou limites claros à punição (COMPARATO, 2010, p. 34), revelou-se, por outro viés, um retrocesso humanitário.

Por mais impressionante que possa parecer, a lei de talião, sem dúvida, representou a manifestação embrionária do princípio da proporcionalidade, por representar um tratamento igualitário entre autor e vítima, apesar de atualmente revelar-se como brutalidade e crueldade (MASSON, 2012, p. 56).

Em verdade, a lei de Talião representa uma grande evolução nas penas mais graves. Assim, ainda que graves, corporais e até cruéis, eram penas impostas pelo *juis*. A tortura não. A tortura faz o réu renunciar do seu direito normal de defesa para confessar, e muitas vezes, devido aos sofrimentos por crimes que não cometeu. São conhecidas as penas cruéis desde a mais remota Antiguidade da Babilônia, Índia, Egito, Grécia Roma e, com invasão do bárbaros, os poucos que a mantiveram forma especialmente os germânicos (SZNICK, 1998, p. 21).

Nessa linha de permissividade normativa, todo tipo de infortúnio físico, legitimado como forma de punição na medida de gravame, era possível e plenamente justificável, desde as vias de fato até a pena de morte, passando, quase sempre, pela tortura e maus-tratos.

Os egípcios, uma teocracia por excelência, tinha no faraó a figura do divino e do político mesclados, a encarnação do deus sol na terra. Os crimes mais graves eram julgados pelo Tribunal Supremo e o julgamento era secreto. No caso de condenação, o sentenciado era conduzido à prisão para sofrer o tormento legalmente previsto (ALMEIDA JÚNIOR, 1980, p. 12).

Entre os hebreus<sup>33</sup>, havia penas de morte, de flagelação (açoites, apedrejamento, decapitação, ser queimado, dentre outros) e excomunhão, imperando, em verdade, a lei de talião em sua vertente mais excessiva. Entretanto, ninguém poderia ser condenado por depoimento de apenas uma testemunha, havendo um rudimentar processo legal<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Segundo Sznick (1998, p. 75) “se a célebre Lei de Talião nos aparece atualmente como uma fórmula cruel e bárbara que descreve melhor a vingança do que a necessidade de se punir com justiça, é preciso, no entanto, que atentemos ao fato de que essa máxima é também baseada numa relação de equilíbrio entre o crime e a punição. Nesse sentido, o que a expressão “olho por olho, dente por dente” nos revela, antes, a ideia da necessidade de se obter uma exata medida entre a negação e a restituição da justiça. A própria palavra Talião, que vem do latim *talio*, significa “tal” ou “igual” e reforça essa tese, ao menos teórica, de equilíbrio.”

<sup>33</sup> Conhecidos como semitas ou israelitas.

<sup>34</sup> Conforme prescreve o segundo livro escrito por Moisés, Êxodo 21: 23-25: “Mas se resultar algum dano, pagarás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe.” No mesmo sentido, o livro de Levítico 24: 17-21: “E quem matar alguém certamente morrerá. Mas quem matar um animal, certamente o restituirá, vida por vida. Quando alguém desfigurar o próximo, assim também lhe será feito: quebra-dura por quebra-dura, olho por olho, dente por dente. Como ele tiver desfigurado a algum homem, assim lhe fará. Quem, pois, matar um animal, restitui-lo-á, mas quem matar um homem será morto.” Vide, ainda, Deuteronômio 17: 6 “Por boca de duas testemunhas, ou três testemunhas, será morto o que houver de morrer; por boca de uma só testemunha não morrerá.” (BÍBLIA, 2010, p. 104-105; 174-175 e 271).



A tortura, aqui, entre os semitas, tinha como finalidade maior (talvez a única) ser um instrumento de castigo espiritual e purificação da congregação daquele que cometeu ato digno de punição severa,<sup>35</sup> ao ponto de alcançar os próprios familiares. Nesse compasso, para os israelitas a tortura não tinha objetivo probatório, mas tão-somente punitivo.

Os gregos, em que pese imbuídos de estudos democráticos e filosóficos, não se preocupavam tanto, na prática, com os direitos fundamentais, visto que, em verdade, a própria noção de democracia legitimava a escravidão e, nesse particular, a tortura e os maus-tratos (BASSO, 2007, p. 18)<sup>36</sup>.

O Areópago, que ficava em Atenas, era incumbido de julgar crimes mais graves. Nos julgamentos predominava a oralidade e principal forma de prova era a testemunhal, sendo que a tortura probatória “era aplicada não só aos escravos, como também aos cidadãos livres e estrangeiros e descrita por Demóstenes como meio seguro de obter evidências” (MATTOSO, 1986, p. 38).

De todo modo, na justiça ateniense, as penas passaram a ser dotadas de certa dose de humanidade, na medida em que se autorizava, por exemplo, a absolvição do culpado, quando a sua eliminação fosse capaz de prejudicar os inocentes dele dependentes para sobreviver (MASSON, 2012, p. 57).

Renato Guimarães (2006, p. 160) enfatiza que o Direito Romano é a mais importante fonte histórica do Direito nos países ocidentais, e, ainda, a maioria dos institutos e princípios do Direito Civil nos foi legada pelo gênio jurídico dos romanos.

Para os mencionados autores (2010), a atualidade do direito romano é fato evidente e resta comprovada pela sua presença em vários institutos jurídicos atuais. É considerado, com efeito, a mais importante fonte histórica do direito nos países do ocidente.

Os romanos materializavam no conceito de *quaestio* (interrogatório judiciário) e *tormentum* (o instrumento de punição específico) como os meios para obtenção de provas que condenassem a vítima.

---

<sup>35</sup> Cite-se, a título ilustrativo, a história de Acã, registrado no capítulo VII do livro de Josué.

<sup>36</sup> Cunha Arantes (2010, p. 59-60), disserta que “na mitologia grega, os grandes trágicos se incumbiram de perpetrar histórias de violência, contadas e recontadas em suas obras, apresentando-a ora como destino, ora como castigo e punição. A tragédia de Édipo é uma das que se impuseram como um destino do qual Édipo, apesar de todos os artifícios, não conseguiu escapar, nem ele nem seus descendentes. Antígona, sua filha, também predestinada ao fim trágico, enfrentou com altivez seu ocaso, após desafiar Creonte, rei de Tebas. Os irmãos de Antígona, Polínicos e Etéocles lutaram em posições adversárias, na guerra dos Sete Chefes contra Tebas, e, iguais em destreza e coragem, se feriram de morte, um ao outro. Creonte organizou cerimônia fúnebre solene para Etéocles, que lutara a seu favor, e proibiu que se desse sepultura a Polínicos, que o enfrentaria. Antígona, desafiando a proibição do rei, decidiu sepultar o irmão, cumprindo o sagrado dever de dar sepultura aos mortos.

Ao tempo da República, em Roma, a jurisdição pertencia aos reis, passando depois ao Senado e ao povo. No processo, após ser admitida pelo pretor uma acusação feita por qualquer pessoa, marcava-se data para julgamento. Nesse compasso, o acusador investigava o fato, tendo poderes para apreender coisas, ouvir testemunhas, havendo penas contra os que recusassem obedecer (ALMEIDA JR., 1980, p. 30).

Ademais, no julgamento admitiam-se três tipos de provas: escritos, testemunhos e tormentos, decidindo-se por votação. Ou seja, a tortura era uma possibilidade juridicamente aceita e válida de obtenção de provas em um processo.

O processo romano sofreu grande mudança, na fase do Império Romano, com alterações substanciais especialmente de índole restritivas no direito de acusação, que foi cedendo espaço à acusação *ex officio*. A jurisdição foi concentrada nas mãos do Imperador, Governadores e magistrados municipais (TOURINHO FILHO, 2010, vol. 01, p. 96).

Com o Cristianismo, minimizou-se consideravelmente a aplicação da tortura<sup>37</sup>. De qualquer modo, a tortura ainda era admitida como forma de forçar a vítima a negar sua crença pessoal. Subversivos, intolerantes, iníquos, discípulos de religiões condenadas, os cristãos, assim considerados pelo Império romano, estavam sujeitos a todo tipo de tortura e tratamento degradante (PETERS, 1989, p. 34).

O Império Romano perseguiu e torturou, até mesmo com o auxílio dos judeus fundamentalistas<sup>38</sup>, muitos cristãos primitivos da era apostólica e dos séculos imediatamente seguintes para que negassem sua fé em um Deus único. Apenas os deuses do reino deveriam ser venerados, sendo uma ofensa religiosa-política, contra o próprio Estado, adorar religião diversa e não confessar o imperador com deus e senhor supremo (COIMBRA, 2002, p. 29).

Citando Mattoso, Valéria Diez menciona que os romanos desenvolveram diversos métodos de tortura, muito empregada com a finalidade probatória, usando-se:

O fogo (*tormento ignis*), a fome (*tormentum famis*) a sede (*tormentum sitis*), o pano com sal na goela (*tormentum ex sale et lintes*), a pendura (*tormentum funis vel cordae*) e vários animais (*tormentum cum cabra*, onde a cabra lambia até descarnar as solas da vítima, previamente esfregadas com sal; *tormentum cum scarabeo*, onde um escaravelho ou outro inseto era colocado sobre o corpo da vítima e tampado com um vaso, tal como o rato no penico). Usaram diversos tipos de açoites: *férula*, com uma só correia; *scutica*, com duas correias entrelaçadas; *flagellum*, três tiras com nó

<sup>37</sup> Como ressalta Masson (2012, p. 58) “em todo a sua existência, o Império Romano teve como prioridade a busca pelo poder e pela prosperidade. Por tal motivo não se ateu à proteção dos Direitos Fundamentais em face do arbítrio estatal. O que se garantiam era os direitos das classes privilegiadas, como os imperadores e patrícios. Somente com o Cristianismo houve maior percepção da importância pelo respeito aos direitos fundamentais do homem, que passou a ser concebido como imagem e semelhança de Deus.”

<sup>38</sup> Eles vos expulsarão das sinagogas; e mais: chegará o tempo quando vos matar pensará que está prestando um culto a Deus. (Evangelho de João 16:2) (BÍBLIA, 2010, p. 1415).

de osso; *plumbatae*, várias tiras com bolinhas de chumbo e cabo de madeira. Foram também mestres no emprego de máquinas como a *rota* (roda) e o *equuleus* (cavelete). A roda, cuja invenção se atribui a Cômodo, tinha aplicação variada: móvel, servia para esmagar como um rolo compressor; fixa num eixo com manivela, servia para amarrar a vítima, provocar-lhe lentas cambalhotas sobre uma fogueira ou um chão de pregos. O cavelete, também conhecido como *proto*, não passava de um leito de madeira no qual a vítima era atada com braços e pernas separados em forma de X e esticada por meio de dois carretéis, um na cabeceira, outro nos pés, onde as cordas iam se enrolando. Entre as penas capitais, serviam-se da decapitação com machado ou espada, da precipitação do alto da rocha Tarpéia, do afogamento, das feras na arena e da cruz. (VALÉRIA DIEZ *apud* MATTOSO, 2002, p. 24).

Muitas vezes obtida mediante o uso dos tormentos supracitados, a confissão, para os romanos, era prova cabal, idônea e suficiente para sustentar um decreto condenatório, dispensando-se todo e qualquer outro tipo de prova. A finalidade última, na verdade, era condenar a vítima e não efetivamente resolver a *vexata quaestio*.

## 2.4 IDADE MÉDIA E MODERNA

Em rápido vislumbre histórico, pode-se afirmar que com a queda do Império Romano e a invasão pelos povos bárbaros<sup>39</sup>, no século V, teve início o período que ficou clássica e historicamente conhecido como Idade Média. A supremacia religiosa e política da Igreja Católica, aliada ao sistema de produção feudal e rígida hierarquização social, configuram as características marcantes desse período.

Aqui, merece destaque maior duas ordens jurídicas principais: o direito penal germânico e o direito penal canônico. Com a derrocada do direito romano, ascendeu, na Alta Idade Média, principalmente o direito germânico, que regulamentou as punições e os castigos corporais (JURICIC, 2002, p. 43).

O direito germânico é marcado pela ausência de leis escritas e pela predominância do direito consuetudinário. Posteriormente, influenciado pelo direito romano e pelo cristianismo, incorporou-se a Lei de Talião, o que, em certo sentido, representa traços de proporcionalidade no direito penal germânico (MASSON, 2012, p. 59).

Especificamente quanto às provas, adotavam-se as *ordálias* (juízos dos deuses), caracterizadas por superstições e atos cruéis, sem chances de defesa para os réus, que

<sup>39</sup> Entre os bárbaros, destacaram-se os visogodos, povo cristão que dominou a península em 622 d.C., responsável por várias legislações. Com efeito, várias compilações legislativas tiveram os visogodos e a doutrina mais abalizada informa que essas legislações inicialmente obedeciam ao princípio da personalidade (DIEZ, 2002, p. 25). Os visogodos traziam, em seu Código Visigótico, que “as provas eram o juramento, as testemunhas, os juízos de Deus (água quente e ferro quente, principalmente) e os tormentos. Os critérios de aplicação e as restrições à tortura levavam em conta a gravidade do crime e classe social do indivíduo. A tortura tinha grande importância como meio de prova, dando valor excepcional à confissão (ALMEIDA JR., 1980, p. 60)

deveriam, v.g., caminhar sobre o fogo, ou mergulhar em água fervente, sem suportar ferimentos, para que fosse provada a sua inocência, razão pela qual quase nunca se livravam das bárbaras punições (MASSON, 2012, p. 60).

A regulamentação, assim, repousava sobre o jogo da prova<sup>40</sup>. Com clareza peculiar exemplifica Foucault:

O acusado devia andar sobre ferro em brasa e, dois dias depois, se ainda tivesse cicatrizes, perdia o processo. Havia ainda outras provas como o ordálio da água, que consistia em amarrar a mão direita ao pé esquerdo de uma pessoa e atirá-la na água. Se ela não se afogasse, perdia o processo, porque a própria água não a recebia bem e, se ela se afogasse, teria ganho o processo visto que a água não teria rejeitado. Todos estes afrontamentos do indivíduo ou de seu corpo com os elementos naturais são uma transposição simbólica, cuja semântica deveria ser estudada, da própria luta dos indivíduos entre si (FOUCAULT, 2006, p.60).

O direito penal canônico (da Igreja Católica Apostólica Romana), de seu turno, consolidou-se por volta de 1.140 d.C., por intermédio de decreto de Graciano. Inicialmente marcadamente disciplinar, aos poucos se serviu do procedimento da inquisição, com a utilização de tortura e penas cruéis (MASSON, 2012, p. 60).

Mencione-se, aqui, em que pese o caráter retributivo da pena, que a sanção tinha uma finalidade precipuamente místico-religiosa, de purificação e santificação do punido perante a divindade, ou seja, tinha um caráter sacro, dirigindo-se ao arrependimento e correção do delinquente, bem como visando, sempre, fortalecer a autoridade pública (BURIHAN, 2008, p. 72). A punição, assim, procurava aproximar o criminoso da divindade.

No século XIII<sup>41</sup>, surgiu a Inquisição com a Constituição de Lúcio III, de 1184, a qual determinava que os bispos e comandados “deveriam visitar uma ou duas vezes por ano as respectivas dioceses, a fim de descobrir os delitos de heresia, por fama pública ou por denúncias particulares” (BASSO, 2007, p. 21).

Debaixo da poderosa influência do direito canônico, o sistema inquisitorial firmou-se na Europa Continental e foi adotado pela Itália, Espanha, Alemanha e França. Neste último país, no ano de 1670, durante o reinado de Luís XIV foi publicado documento normativo que

<sup>40</sup> Nessa linha de explicação, Michel Foucault menciona que “quando alguém é morto, um de seus parentes próximos pode exercer a prática judiciária da vingança, não significando isso renunciar a matar alguém, em princípio, o assassino. Entrar no domínio do direito significa matar o assassino, mas matá-lo segundo certas regras, certas formas” (2006, p. 57).

<sup>41</sup> No entanto, registre-se que mesmo antes do Século XIII já havia os sínodos, que eram comissões que atuavam como Tribunais contra os hereges, chegando até a determinar suplícios, embora as penas fossem executadas pelos juízes seculares (BASSO, 2007, p. 32). Ademais, prevalece o entendimento de que a Inquisição somente foi verdadeiramente criada em 1229, quando o legado do Papa Gregório IX promulgou as 45 resoluções de Tolosa, das quais 18 destinavam-se aos hereges e criavam poderes extraordinários aos clérigos, segundo os ensinamentos de Basso (2007, p. 27).

estabelecia um processo inquisitivo<sup>42</sup> – escrito, secreto e não contraditório, no qual acusado era interrogado sem conhecer as provas que havia contra ele (TOURINHO FILHO, 2010, v. 1, p. 84).

No afã de perseguir e punir severamente os hereges, o dominicano Nicolau Eymerich sistematizou o Manual de Inquisidores<sup>43</sup> em 1376, estabelecendo-se que o escopo da tortura não era apurar a verdade dos fatos, mas tão somente obter a confissão do suspeito em delitos não manifestos.

Para legitimar o sistema inquisitivo, a forma de avaliação de provas era determinada previamente, com base na teoria das provas legais, que, em vez de garantir a pessoa do acusado, favorecia o emprego de torturas (DIEZ, 2002, p. 28).

Com efeito, a dificuldade de se conseguir provas necessárias e suficientes e as elevadas exigências legais “só resultavam na maior severidade da investigação, pois a confissão, como o recurso inevitável à tortura, tornava-se verdadeira condição *sine qua non* para a obtenção do convencimento” (BORGES, 2004, p. 62).

Rainha das provas, a tortura não só autorizava como justificava e legitimava a condenação, prescindindo-se de outros elementos. A tortura era aplicada com o objetivo de causar o medo coletivo, visto ser empreendida em praça pública, sendo “amputação de braços, pernas, olhos, línguas, mutilações diversas (...) o espetáculo favorito das multidões nesse período histórico.” (BITENCOURT, 2004, p. 17).

Linhas adiante, será abordado o processo de humanização do Direito, um processo lento e vigoroso que teve como marco teórico-filosófico o movimento iluminado conhecido como Iluminismo ou Idade das Luzes, que resultou, no campo jurídico, em frutíferos resultados, especialmente quanto ao tema em questão.

---

<sup>42</sup> E mais se existissem apenas presunções e/ou indícios dotados de gravidade, completava-se a prova com a imposição da tortura, cuja finalidade primária era de se obter a melhor das provas, qual seja, a confissão. (TOURINHO FILHO, 2010, v. 1, p. 84).

<sup>43</sup> O manual determinava os casos em que a tortura poderia ser praticada, destacando-se: 1. Tortura-se o acusado que vacilar nas respostas, afirmando ora uma coisa, ora outra, sempre negando os argumentos mais fortes da acusação. Nestes casos, presume-se que esconde a verdade e que, pressionado pelo interrogatório, entra em contradição. Se negar uma vez, depois confessar e se arrepender, não será visto como ‘vacilante’ e sim como herege penitente, sendo condenado; 2. O suspeito que só tem uma testemunha contra ele é torturado. Realmente, um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova, o que não causará espanto a que sabe que um único depoimento já vale como indício [...]; 3. O suspeito contra quem se conseguiu reunir um ou vários indícios graves deve ser torturado. Suspeita e indícios são suficientes. [...]; 4. Vai para a tortura quem tiver um único depoimento contra si em matéria de heresia e contra quem, além disso, houver indícios veementes ou violentos; 5. Será torturado aquele contra quem pesarem vários indícios veementes ou violentos, mesmo se não se dispuser de nenhuma testemunha de acusação; 6. Com muito mais razão, será torturado, à semelhança do caso anterior, quem tiver, além de tudo, contra si, o depoimento de uma testemunha; 7. Quem tiver apenas uma difamação, ou uma única testemunha, ou ainda, um único indício, não será torturado: cada uma dessas condições, isoladamente, não basta para justificar a tortura. (EYMERICH, 1993, p. 208-2011).

## 2.5 ILUMINISMO E O PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO: A ABOLIÇÃO DA TORTURA?

De tudo até aqui exposto, nota-se que a tortura fez parte da estrutura jurisdicional até o século XVIII, utilizada, principalmente, como meio de obtenção de prova, em especial, ou seja, como instrumento de confissão, resultando, quase sempre, em impiedosa condenação.

A partir do Iluminismo, revolução de feição intelectual dos séculos XVII e XVIII que representou uma fatal reação ao sistema absolutista, os conceitos tradicionais vigentes passaram a ser questionados, propugnando-se por “uma nova visão do mundo – racional, mecanicista e em grande parte impessoal, mas ao mesmo tempo humanitária, tolerante e voltada para a compreensão das fraquezas e aspirações da humanidade” (DIEZ, 2002, p. 30).

Com o surgimento do jusnaturalismo, a bandeira em defesa dos direitos humanos fundamentais diante do Leviatã estatal é impulsionada e ganha âmbito de relevância muito mais amplo na esfera penal, o que resultou em debates em torno da humanização das penas e da eliminação da tortura (COIMBRA, 2002, p. 21).

A era das luzes começou a despertar a consciência moral da humanidade, pelo menos de forma sistêmica e consistente, impactando a vida em sociedade radicalmente, tanto no plano legislativo, como no aspecto ético-legal.

Por conta disso, ocorreram reorganizações estruturais significativas no sistema judiciário-penal nos diversos países europeus<sup>44</sup>. A antiga fórmula da justiça penal foi duramente posta em análise e severamente criticada, visto que baseada na brutalidade e religiosidade.

No preciso ensino de Marques de Jesus:

Certas práticas da justiça criminal não mais refletiam os anseios da sociedade. De acordo com Burihan, “a pena deixou de ser uma reafirmação do poder do soberano para representar uma violação do contrato social” (2008, p.33). A tortura passou a ser inaceitável no século XVIII. Os suplícios dos condenados não eram mais vistos como “grandes espetáculos”, mas como ações violentas e bárbaras promovidas pelo Estado (2009, p. 42).

---

<sup>44</sup> Nas palavras de MARQUES DE JESUS (2009, p. 42): “Iniciou-se um movimento de reorganização do sistema judiciário e penal e a abolição da tortura na Europa, cujos representantes foram Cesare Beccaria, Jeremy Bentham, Jacques Pierre Brissot, além de outros intelectuais e militantes do movimento Iluminista da época. De acordo com Edward Peters, “após o final do século XVIII a tortura passou a ter um sentido universalmente pejorativo e acabou sendo considerada a antítese institucional dos direitos humanos, a inimiga suprema da jurisprudência humanitária e do liberalismo, e a maior ameaça ao Direito e à razão que o século XIX poderia imaginar” (2009, p.91).”

Um modelo processual garantista, abalizado em princípios que primavam pela oralidade e publicidade, começou a despontar no horizonte do inconsciente coletivo. Com efeito, esse período ficou conhecido como humanitário<sup>45</sup>.

Muito além de sua época, pensadores nobres como Cesare Bonesana, conhecido como Marquês de Beccaria<sup>46</sup>, o qual antecipou as ideias posteriormente consagradas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em defesa dos direitos humanos.

Beccaria tem como referencial teórico-filosófico o contrato social de Rousseau, de modo que o agente criminoso passa a ser visto como um transgressor do pacto social, um inimigo, por conta disso, da sociedade. A pena perdia, assim, seu viés místico-religioso e passava a ser pautada sobre a racionalidade humanitário-filosófica<sup>47</sup>.

O referido reformador, ao publicar sua famosa obra *Dos Delitos e das Penas*, em 1764, após ter sentido pessoalmente a amargura do cárcere, defendia a abolição completa da prática da tortura, salientando, sempre, que o inocente está em situação pior que o culpado, pois “o inocente submetido à tortura tem tudo contra si: ou será condenado, por confessar o crime que não cometeu, ou será absolvido, porém após ter passado por tormentos que não mereceu” (BECCARIA, 1995, p. 34).

As leis devem ser certas, claras e precisas<sup>48</sup>, devendo a pena ser precisa, proporcional e humana, devendo-se abandonar toda e qualquer punição excessiva, cruel e degradante, visto que:

É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas do qual poderia ser culpado, quer enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia (BECCARIA, 1995, p.31).

<sup>45</sup> Segundo Masson (2012, p. 62), “O absolutismo impunha atos de punição cruelíssimos e arbitrários, por meio de graves suplícios. A sociedade não mais suportava tal forma de agir do Estado e a filosofia iluminista do século XVIII orientava a evolução da humanidade. Preparava-se o espírito dos indivíduos para a eclosão da Revolução Francesa.”

<sup>46</sup> Nessa perspectiva, Beccaria (1995, p. 33) criticou densamente o emprego da tortura, vendo nesse tipo de prática “um meio certo de condenar o inocente débil e absolver o criminoso forte [...]. Entre dois homens, igualmente inocentes ou igualmente culpados, o mais robusto e corajoso será absolvido, o mais débil, contudo, será condenado.”

<sup>47</sup> No pensamento de Beccaria a pena deve ser proporcional, uma vez que os gritos de horror como consequências da tortura não retiram a realidade da ação já praticada, revelando a inutilidade dos tormentos. Dessa forma, à medida da crueldade dos tormentos, enrijece-se a alma pelo espetáculo da barbárie, e, quanto maiores os castigos, mais o indivíduo se dispõe a praticar novos crimes para subtrair-se da pena que por primeiro mereceu (MASSON, 2012, p. 62).

<sup>48</sup> Ademais, “a lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias; e ninguém poderá se punido senão em virtude de disposição de lei, promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.” (VERRI, 2000, p. 18).

Além do mais, ou o crime é certo, ou incerto; ou foi cometido, ou não o foi. “Se é certo, apenas deve ser punido com a pena que a lei fixa, e a tortura é inútil, porque não se tem mais precisão das confissões do réu.” No mesmo compasso, “se o crime é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Efetivamente, perante as leis, é inocente cujo delito não está provado.” (BECCARIA, 1995, p. 31-33). Ainda, segundo escólio de Marques de Jesus:

Conforme Beccaria (1995), a abolição da tortura se fazia necessária porque a apuração do crime e a instituição das penas não poderiam estar relacionadas à dor, mas à racionalidade da lei. Desse modo, a infração não deveria apresentar mais nenhuma relação com a falta moral ou religiosa, mas deveria ser considerada uma ruptura com a lei. É a certeza da punição, mais que a severidade, que é novamente enfatizada nas conclusões de Beccaria. A sociedade burguesa emergente estava mais interessada na plenitude, rapidez e reabilitação da justiça penal do que em severidade. (2009, p. 43).

Nessa linha intelectual, Diez (2002, p. 31) afirma que Beccaria defendeu um dos mais básicos postulados da licitude da produção de provas no processo penal, o de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, afirmando, ainda, “ser monstruoso e absurdo exigir-se que um homem seja, ele próprio, seu acusador” (BECCARIA, 1995, p. 32)<sup>49</sup>.

Com efeito, as ideias introduzidas pelos pensadores iluminados (iluministas, leia-se), especificamente por Beccaria no campo jurídico, foram responsáveis pela mudança da legislação então vigente e em muitos países a tortura foi abolida como instrumento de obtenção de prova, bem como meio de pena corporal.

Entretanto, em que pese essa constatação derradeira – o banimento da tortura pelos governos europeus já ao longo do século XVIII, subsistem entendimentos modernos de que a tortura, em verdade, tornou-se ainda mais comum ao longo do século XX<sup>50</sup>.

E qual é a causa que leva a tortura, banida do mundo do direito – do ordenamento jurídico-penal, irromper, diariamente, no mundo dos fatos? Citando corajosa reflexão de Edgar Morin, Oliveira (2011, p.15) responde afirmando que a explicação para tal constatação é que “a tortura é eficaz (...). Estatisticamente a tortura faz falar e produz informações úteis.”

<sup>49</sup> Ainda para o clássico jurista “todos os atos de nossa vontade estão na proporção da força das impressões sensíveis que o provocam, e a sensibilidade de todo homem tem limite. Ora, se a impressão da dor se faz muito forte para assenhorear-se de todo o poder da alma, ela não deixa a quem a sofre qualquer outra atividade que exercer, a não ser tomar, momentaneamente, a via mais curta para obstar os tormentos atuais [...]. O inocente gritará, então, que é culpado, para que cessem as tormentas que já não aguenta; e idêntico meio usado para diferenciar o inocente do criminoso fará com que desapareça qualquer diferença entre ambos.” (BECCARIA, 1995, p. 33).

<sup>50</sup> Nesse sentido, Einolf (2007) considera que houve um verdadeiro ressurgimento da prática da tortura no continente europeu no século XX, o que se deu em razão, principalmente, da ascensão dos regimes totalitários, comunistas e fascistas. Marcos César Alvarez *apud* Einolf (2008, p. 277), comenta que os regimes fascistas da Itália e Alemanha e seus aliados empregaram a tortura e outras técnicas de terror contra opositores políticos, prisioneiros de guerra, populações de territórios ocupados e membros de determinados grupos, como os judeus; os regimes comunistas da União Soviética e do leste europeu empregaram a tortura sobretudo contra opositores políticos.



Luciano Oliveira disserta com clareza singular sobre a temática, apresentando algumas razões que poderiam fomentar o uso dessa prática indigna:

Mas a volta da tortura pôs em xeque o que Edward Peters chama de “modelo pregressita-humanitário”, durante muito tempo implicitamente adotado pelos historiadores do direito para explicar o seu desaparecimento em termos de um progresso do espírito humano exprimindo-se através da palavra dos grandes reformadores penais da época do Iluminismo, notadamente Beccaria e Voltaire (Peters, 1989, p. 77). Uma das explicações recorrentes para o seu retorno residiria numa outra importante mutação que se operou no fenômeno da guerra: às escaramuças entre inimigos fardados e com tal identificados somaram-se acontecimentos tipicamente modernos, como as “guerras revolucionárias” e as “guerras de libertação nacional”, nas quais os insurgentes adotam o terrorismo como uma das formas de luta e onde o aparato de repressão se vê desafiado por um “inimigo interno” escondido no seio da população que é preciso a todo custo descobrir. Nessas circunstâncias, torturar para obter informações voltou a ser uma opção tentadora. (OLIVEIRA, 2011, p. 09)

E mais recente ainda, na vertente mais extremada da violência, a tortura volta a interpelar as sociedades democráticas nesse início do século XXI, quando os EUA, por conta dos atentados de 11 de setembro de 2001, adotou uma política de mãos de ferro, adotando e até mesmo oficializando a prática da tortura, “mesmo que em documentos reservados e camuflada por eufemismos” (OLIVEIRA, 2011, p. 09).

## 2.6 A TORTURA NO BRASIL: ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS

Assim como na história da humanidade como um todo, a tortura é uma realidade em nosso país<sup>51</sup> desde sempre (BENEVIDES SOARES, 2010, p. 21). Essa herança maldita perpassou o período colonial, imperial, republicano e ditatorial de nossa história, permanecendo até os dias atuais<sup>52</sup>.

A tortura no Brasil sempre esteve ligada a problemas de ordem de legitimação dos direitos civis e políticos, o que fez com que essa prática hedionda atravessasse todo o percurso

---

<sup>51</sup> Segundo as considerações de Marques de Jesus (2009, p. 61-62): “A história do Brasil é bastante distinta desses países europeus e dos Estados Unidos. No nosso caso, vimos as possibilidades de coexistirem direitos políticos sem o controle da violência e de um Estado de direitos convivendo com abusos da polícia. No Brasil, ao contrário do modelo europeu, nunca ocorreu as “associações entre disciplinas, direitos individuais e enclausuramento do corpo” (Caldeira, 2000, p.374). De acordo com Caldeira, em nosso país os “direitos individuais não são legitimados nem protegidos, e o corpo não é respeitado em sua individualidade e privacidade”, sendo considerado um “corpo incircunscrito”, cujos limites estabelecidos pelo reconhecimento dos direitos inexistem (Caldeira, 2000, p.374).”

<sup>52</sup> Para Benevides (2010, p. 21) “os indígenas, os hereges ou infiéis, os negros escravos e descendentes, os “vadios”, os marginais de toda sorte, os internos nos manicômios, os subversivos, os opositores políticos, os presos ditos “comuns”, os pobres em geral, os não cidadãos...todos eram potencialmente vítimas dos abusos e da violência extremada. Para punir, disciplinar e purificar (*sic*), arrancar confissões e informações, intimidar, dar o exemplo, vingar, derrotar física e moralmente o suposto inimigo ou, simplesmente, o indesejável.

histórico e social do país, em completo desconhecimento da integridade e dignidade de seus cidadãos.

Por isso mesmo, os mais atingidos são sempre os grupos socialmente vulneráveis – moradores de ruas, meninas prostituídas, homossexuais, população mais carente e pobre, negros e mulheres, o que possibilita que sejam alvo da tortura de forma ampla e sistemática. A tortura é, e historicamente sempre foi, um problema de natureza social e não apenas jurídica.

Teresa Caldeira, assim se pronuncia diante dessa realidade:

De acordo com Teresa Caldeira (2000), o Brasil apresenta uma “democracia disjuntiva”, marcada pela deslegitimação dos direitos civis, em que o sistema judiciário é considerado ineficaz, a justiça é concebida como um privilégio da elite, os direitos individuais, especialmente o direito de não ser torturado, são deslegitimados e as violações de direitos humanos, cujo Estado é agente responsável, fazem parte do dia a dia dos cidadãos pobres, destituídos de direitos (Caldeira; Holston, 1998). Ainda conforme a autora, deslegitimação dos direitos civis apresenta-se enraizada numa história e numa cultura em que o corpo é incircunscrito e manipulável, em que “a dor e o abuso são vistos como instrumentos de desenvolvimento moral, conhecimento e ordem” (CALDEIRA, 2000, p. 375)

Vigoravam, ao tempo do Brasil Colônia, as Ordenações Afonsinas (1446), Manoelinas (1521) e Filipinas (1603), sendo que as últimas influenciaram, de fato, o país, mesmo após a proclamação da Independência.

Nesse momento, os tormentos receberam um tratamento jurídico, mas sempre de forma imperfeita, lacônica, incompleta e tendenciosa, na medida em que concediam ampla liberdade aos magistrados.

Nas Ordenações Afonsinas<sup>53</sup>, os tormentos eram indagações feitas aos acusados para que contassem a verdade pretendida pelo magistrado, mediante sofrimento físico e todo tipo de tortura, se necessário fosse (DIEZ, 2002, p. 38).

No lúcido ensino de Zaffaroni e Pierangeli, eram “perguntas feitas pelo juiz ao réu de crimes graves, a fim de compeli-lo a dizer a verdade mediante tortura (tratos do corpo)” (2015, p. 68). Nessa linha, João Mendes de Almeida Júnior ensina que o juiz:

Habitado a fundar a toda a instrução nas continuas perguntas ao réo, buscava todos os meios de extorquir esta confissão, ostentando uma habilidade sem escrúpulo, quer para a sugestão, quer para as ciladas, quer para o cansaço do interrogado; e, si ainda nada conseguisse, recorria às ameaças e depois aos tormentos (1980, p. 149).

---

<sup>53</sup> No Livro V, títulos 87 e 99 das Ordenações Afonsinas, consta que “segundo o direito, não se pode dar forma nem doutrina, quando e em que caso deve ser o preso metido a tormento; porque podia haver contra o preso um só indício, tão grande e tão evidente, que bastasse para o meterem a tormento (confissão extra-judicial, o dito de uma testemunha, a fama pública, a fuga antes da querela); e podiam haver muitos indícios tão leves, tão fracos que todos juntos não bastassem” (Lei de D. João I, parte das Ordenações Afonsinas).

De seu turno, as Ordenações Filipinas, igualmente marcadas por elitismo, religiosidade, arbítrio judicial e crueldade, possuía em seu bojo autorização expressa para a perpetração dos tormentos, que serviam para fundamentar os julgamentos (DIEZ, 2002, p. 38). Mencionado diploma legal teve vigência em solo pátrio mesmo após a Independência, por determinação legal – Lei de 20 de outubro de 1823<sup>54</sup>, que estabelecia o princípio da continuidade da ordem jurídica anterior.

Entretanto, desde 23 de maio de 1821, já havia sido abolida, por meio de decreto, o emprego da tortura, correntes e outros mecanismos nas prisões. Ou seja, rompia-se com a antiga aliança entre tortura a prisão, proibindo-se expressamente qualquer espécie de tormento durante o tempo de custódia, antes de prolatada a sentença (ARNS, 1985, p. 322).

Conforme Benevides Soares (2010, p. 23), consagrou-se, no Brasil, a inadmissibilidade da tortura na Constituição Política Imperial, data de 25 de março de 1824, a qual pregava a abolição de todas as penas cruéis (como açoites, marca de ferro quente e tortura) e trazia em seu bojo diversos princípios humanitários, garantindo, ainda, a liberdade de expressão (artigo 179, §4º), de religião (artigo 179, §5º), a excepcionalidade da prisão (artigo 179, §§ 8-10), abolindo os privilégios (artigo 179, §16).

Em seguida, o Código Criminal de 1830 foi eminentemente marcado por ideias humanistas e pela abolição das penas corporais, mesmo não havendo abolição dos açoites em relação aos escravos (ALMEIDA JÚNIOR, 1980, p. 148).

O primeiro Código de Processo Criminal (1832) aboliu completamente a tortura como meio de prova e investigação, adotando, assim, o sistema acusatório em detrimento do sistema inquisitorial (CARONE, 1973, p. 37). Ademais, o novo código trazia expressamente que, para a condenação, a confissão deveria ser livre e ter fundamento em outras provas.

Conforme leciona Diez (2002, p. 40), “após a abolição da tortura, seguiu-se um longo período durante o Império e a Primeira República sem que se tenha notícia de seu emprego em grande escala.” A situação, no entanto, mudaria radicalmente nos anos vindouros, especificamente após o início da Segunda República, em 1930.

Com o golpe militar de 1964, o cenário normativo modificou-se substancialmente, ao passo em que se editou a Lei de Segurança Nacional<sup>55</sup> e os Atos Institucionais, entre os quais

<sup>54</sup> Mencionada lei estabelecia que permaneceria “em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de abril de 1821 e bem assim as lei promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente Imperador daquela data em diante, e os decretos das cortes portuguesas que são especificados até que fossem organizados os códigos.”

<sup>55</sup> Segundo Luciano Oliveira (2011, p. 14): “A Lei de Segurança Nacional dos militares continha um dispositivo que considerava crime a “guerra psicológica adversa”, frequentemente ridicularizado pelos críticos do regime por causa do pleonismo contido na expressão: afinal, toda guerra é adversa! Pois é que os militares, ao cabo de seu regime, perderam a “guerra psicológica” que lhe moveram os derrotados, massacrados nas câmaras da

ganhou destaque o Ato Institucional nº 05/1968, que impedia a apreciação do Poder Judiciário da prisão de pessoas por motivo de segurança nacional.

Diversos métodos de tortura e maus-tratos foram praticados nesse período sombrio. A repressão política era praticada por meio de espancamentos, afogamentos e aplicação de choque<sup>56</sup>. Os presos políticos eram colocados em celas e privados do alimento essencial à sobrevivência. “Há, ainda, relatos de treinamentos de autoridades brasileiras por especialistas estrangeiros, que teriam ensinado as técnicas de tortura” (DIEZ, 2002, p. 41).

Adverta-se, aqui, no entanto, que a tortura em terras tupiniquins não é um produto desse período de controle militar – como alguns desavisadamente podem pensar, antes, conforme preleciona César Alvarez:

Quando ocorreu o golpe de 1964, já estava, portanto, bastante enraizada na Polícia uma rotina de ações ilegais e de imposição de maus-tratos e tortura. Principalmente os indivíduos que cometiam roubo e furto eram submetidos ao pau-de-arara. Mediante a submissão do bandido a essa tortura, esperava-se a confissão dos crimes cometidos (2008).

Logo após a queda da ditadura militar, sobreveio a Carta Magna de 1988, trazendo determinação expressa de proibição da prática da tortura, tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III), considerando, ainda, a tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (artigo 5º, inciso XLIII).

Desse modo, com o fim do regime autoritário e a redemocratização da República Federativa do Brasil, esperava-se um decréscimo significativo nas práticas de tortura e maus-tratos, mas, na realidade, “apenas os alvos preferenciais da brutalidade parecem ter sido novamente deslocados” (CÉSAR ALVAREZ, 2008).

De fato, a tortura e todo tipo de maus-tratos ainda são empregados com frequência em nossa democracia, mesmo após décadas do fim do autoritarismo militar.

---

tortura. A “guerra suja” que se deu no Brasil e na América Latina nos anos de 1960 e 1970 mostrou que os vencidos podem ter a última palavra, quando dos vencedores ganham a guerra valendo-se de métodos que cobrem de vergonha aqueles que os empregam, perdendo com isso os louros da glória e a legitimidade para narrar seus feitos. Com isso, depois de ter se tornado uma política de Estado e de ter vitimado milhares de pessoas, a tortura dos militares brasileiros tornou-se uma realidade em si mesma e, como tal gerou efeitos não previstos, não controlados e, sobretudo, não desejados pelos próprios vencedores da “guerra suja”: o seu opróbrio!”

<sup>56</sup> “Métodos científicos de tortura foram desenvolvidos. Monstros torturadores escreveriam o seu nome em letras gigantes nas páginas pungentes da história do Brasil. Nomes como o de Sérgio Fleury, uma espécie de Torquemada da ditadura militar. Fleury levou a tortura para as celas do DOPS de São Paulo, situado na Luz, no prédio que é hoje a Pinacoteca do Estado. Outro lugar de tortura em São Paulo era o DOI-CODI do Paraíso, conhecido como a Casa da Vovó. Os prisioneiros chegavam às mãos de Fleury e dos seus homens já espancados e feridos, sangrando e muitas vezes, já agonizantes. Ali eram pendurados no pau-de-arara, recebendo descargas elétricas. Furadeiras elétricas eram usadas para perfurar corpos, navalhas rasgavam a carne, cigarros queimavam órgãos genitais, mulheres sofriam abusos sexuais. Socos, pontapés, afogamentos, eram complementos às torturas, que ficavam cada vez mais elaboradas.” (O JORNAL DE TODOS OS BRASIS, 2014 – vide: <http://jornalgn.com.br/noticia/a-tortura-e-os-mortos-na-ditadura-militar> )

### **3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: a adequação do ordenamento jurídico interno às obrigações internacionais**

#### **3.1 INTRODUÇÃO**

A necessidade de internalização ao ordenamento jurídico brasileiro da audiência judicial de garantia é, antes de tudo, sintomático. Instituto já amadurecido em âmbito internacional, a recalcitrância dos tribunais brasileiros em implementar<sup>57</sup>, na prática (e na extensão necessária), a audiência de custódia revela uma falha secular de nossa cultura jurídica.

Apesar de signatário dos tratados internacionais que versam sobre o tema há décadas<sup>58</sup>, nota-se considerável comodismo dos atores judiciais em implementar, efetivamente, a audiência judicial de garantia no ordenamento jurídico brasileiro.

A efetivação da audiência de custódia no Brasil se legitima em face de nossa herança histórica (e maldita) consistente em violar a integridade física e moral dos detidos, provisória ou definitivamente, pelo Estado. Busca-se combater, portanto, um mal histórico mantido e legitimado (mesmo que a custo do silêncio dos atingidos) por séculos.

Antes, no entanto, de adentrarmos nas razões que demandam a implementação urgente da audiência de custódia, convém apresentar, como pano de fundo, as medidas cautelares pessoais típicas do processo penal brasileiro em correlação com seus princípios basilares para, em seguida, abordar o instituto da audiência de custódia com maior profundidade.

Em um primeiro momento, portanto, pontuar-se-á a instrumentalidade hipotética das medidas cautelares pessoais como meio de garantia processual, passando-se, em seguida, para uma análise mais detida da prisão em flagrante delito em sua pré-cautelaridade como medida de garantia máxima, dotada de tríplice instrumentalidade (conforme será defendido), como fator que reforça a necessária formalização da audiência de custódia, nesse momento pré-cautelar, para se conferir concretude às garantias do detido em seu grau máximo.

---

<sup>57</sup> O sentido de implementação adotada ao longo deste trabalho é tanto no plano legislativo, quanto no plano pragmático, de implementação real. A implementação, neste último caso, já se operacionalizou por força da decisão do Supremo Tribunal Federal, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Quanto ao aspecto legislativo, o Plenário do Senado aprovou, no dia **1º de dezembro de 2016**, o projeto de lei que regulamenta a audiência de custódia. O projeto segue para análise da Câmara dos Deputados (vide: SENADO. Regulamentação de audiência de preso com o juiz segue para a Câmara. Disponível em: < <http://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2016/12/regulamentacao-de-audiencia-de-presos-com-o-juiz-segue-para-a-camara> > Acesso em: 03 jan. 2017).

<sup>58</sup> Especificamente sobre a previsão internacional – nos tratados de direitos humanos internacionais, da audiência de custódia, vide o tópico 4 deste capítulo.

A condição carcerária reinante no Brasil, doravante apresentada, é outro fator que clama pela implementação (mais uma vez, em seu sentido amplo) da audiência judicial de garantia, visto ser o cárcere um *locus* de violação sistêmica e generalizada dos direitos dotados de fundamentalidade constitucional.

### **3.2 A INSTRUMENTALIDADE HIPOTÉTICA DAS MEDIDAS CAUTELARES: A PRISÃO EM FLAGRANTE COMO MEDIDA PRÉ-CAUTELAR DE GARANTIA MÁXIMA**

Adverta-se, *ab initio*, que a sistemática da processualística penal não contempla uma “ação cautelar”, inexistindo, aqui, um processo penal cautelar. Esse tipo de categorização, portanto, é rechaçado pela doutrina moderna<sup>59</sup>. Em resumo, o processo penal pode ser de cognição (de conhecimento) ou de execução, mas jamais cautelar. Aury Lopes tece as seguintes considerações:

Essa questão foi muito bem tratada por Tucci, que categoricamente refuta a possibilidade de uma ação cautelar, concebendo apenas ações cognitivas e executivas. O que se tem são “medidas cautelares penais”, a serem tomadas no curso da investigação preliminar, do processo de conhecimento e até mesmo no processo de execução. As prisões cautelares, sequestros de bens, hipoteca legal e outras são meras medidas incidentais (ainda que na fase pré-processual, onde se cogitaria de um pseudocaráter preparatório), em que não há o exercício de uma ação específica, que gere um processo cautelar diferente do processo de conhecimento ou que possua uma ação penal autônoma. Assim, não há que falar em processo cautelar, mas em medidas cautelares (LOPES, 2015, p. 591).

As medidas cautelares possuem como tônica principal, dentre outros princípios fundamentalmente estruturantes, a instrumentalidade procedimental<sup>60</sup>, motivo pelo qual

<sup>59</sup> Nesse norte intelectual, Tourinho Filho (2010, vol. 3, p. 339): “diferentemente do que ocorre no âmbito do processo civil -, no processo penal brasileiro, apesar de que existe uma tutela cautelar penal, não há uma verdadeira ação penal cautelar ou um processo cautelar penal autônomo e distinto do processo principal, com base procedimental própria. No processo penal, a tutela jurisdicional cautelar se exerce independentemente de um processo cautelar. O que existe são medidas cautelares – pessoais ou patrimoniais -, aplicadas de forma incidental, no processo principal de conhecimento ou de execução; sujeitando-se a processo distinto somente quando forem assecuratórias da reparação do dano decorrente do delito. Assim, não é apropriado mencionar ação ou processo cautelar, mas somente medidas cautelares.”

<sup>60</sup> A instrumentalidade, no entanto, não é a única característica fundamental das medidas cautelares. Segundo Marcellus Polastri Lima (2008, p. 246-247): “as cautelares penais deverão ter características fundamentais, que são indicadas, quase à unanimidade, pela doutrina, e a elas se agregam outras específicas: 1. acessorialidade: ou seja, a subordinação da medida cautelar ao processo principal. É de se frisar que a acessorialidade ou dependência da medida cautelar ao processo principal, não elide a possibilidade de existir o procedimento cautelar sem o futuro processo, uma vez que, *v.g.*, pode ocorrer a decretação da prisão provisória ou uma busca e apreensão em uma investigação, e não se dar a instauração do processo, por se verificar, posteriormente, que a hipótese seria de arquivamento. (...) 2. Preventividade: consistindo que a medida só deve se dar para evitar futuros danos, com o prolongamento do tempo; 3. Instrumentalidade hipotética: devendo haver, ao menos hipoteticamente, a

cumprem uma importante função de garantia para o cidadão cautelarmente privado de sua liberdade.

### 3.2.1 A instrumentalidade das medidas cautelares

A prisão cautelar é aquela decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com o (suposto) objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo penal. E aqui reside uma delicada tensão: fruto da evolução civilizatória do processo penal, a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) encontra emblemático embate na compatibilização com a prisão cautelar<sup>61</sup>.

Em que pese esse impasse principiológico com o instituto do enclausuramento cautelar, a prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. É uma medida, sempre, excepcional, marcado pela provisoriedade como regra básica. São, “acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática” (LOPES, 2015, p. 596), devendo a medida cessar, de imediato, ao desaparecer o seu suporte fático legitimador.

A tônica característica das medidas cautelares é a instrumentalidade, como já realçado. Ou seja, ela não tem um fim em si mesma, antes, volta-se inteiramente a resguardar uma ulterior decisão definitiva ou principal, a qual assegura preventivamente sua utilidade prática.

Mas instrumentalidade não significa que a medida esteja dirigida a contribuir com os elementos para formação da decisão principal, nem que dela dependa a validade e eficácia da decisão principal, mas sim que tão somente possibilita ou facilita a eficácia prática da decisão principal (RAMOS, 1978, p. 465-466).

Nesse sentido, a prisão cautelar, como dito, não constitui um fim em si mesmo, mas um “instrumento do instrumento” para assegurar o êxito do Processo Penal em curso e a execução da sentença que eventualmente se prolate, ou seja, para a realização do direito

---

qualidade do direito ou pretensão do autor como probabilidade, não bastando mera possibilidade de êxito; 4. Provisoriade: a duração da tutela cautelar é provisória se justificando por uma situação de emergência, e, assim, deixa de vigorar quando advém a decisão no processo principal ou qualquer motivo que a torne desnecessária; 5. Revogabilidade: a medida cautelar é revogável, desde que ocorram novas circunstâncias, pois esta é produto de uma cognição sumária; 6. Não-definitividade (...); 7. Referibilidade: sendo a relação entre situação de perigo e a proteção jurídica cautelar; e 8. Jurisdicionalidade.”

<sup>61</sup> Para Aury Lopes, a presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora de um indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de alguém culpável, pois, sem dúvida, o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), tratando-se de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente é altíssimo, ainda mais no sistema carcerário brasileiro (LOPES, 2015, p. 587-588).

material (BADARÓ, 2011, p. 702-703).

E mais: trata-se, em verdade, de uma instrumentalidade hipotética, visto que a medida cautelar será um meio para assegurar o resultado de uma hipotética condenação (BADARÓ, 2011, p. 702). Assim, a instrumentalidade da prisão cautelar impede que tais medidas sejam usadas com finalidade punitiva, de satisfazer antecipadamente a pretensão punitiva Estatal (CROZARA, 2010, p. 277).

Nesse viés intelectual, pondera Odone Sanguiné (2014, p. 08) que “as medidas cautelares cumprem, por essência, uma função de garantia.” E por ser essencialmente garantidora de direitos constitucionalmente previstos, as medidas cautelares devem ser provisórias, sempre.

Renato Brasileiro, ao se pronunciar sobre a provisoriedade de tais medidas, discorre com a seguinte fundamentação:

Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado da pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade. [...] A prisão cautelar, que tem função exclusivamente instrumental, não pode converter-se em forma antecipada de punição penal. A privação cautelar da liberdade – que constitui providência qualificada pela nota da excepcionalidade – somente se justifica em hipóteses estritas, não podendo efetivar-se, legitimamente, quando ausentes qualquer dos fundamentos legais necessários à sua decretação pelo Poder Judiciário (LIMA, 2014, p. 95)

Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis* (LOPES, 2015, p. 598).

Nesse norte, a prisão cautelar não pode ser usada para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia, sob pena de se desvirtuar sua natureza instrumental. Infelizmente, vê-se, hodiernamente, uma perversa massificação das prisões cautelares, a despeito do elevado custo que representam.

Como bem ressaltam Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró:

As prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica de urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional, torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração



excessiva (LOPES *et. al*, 2006, p. 55).

Portanto, a prisão preventiva ou quaisquer outras medidas alternativas poderão ser revogadas ou substituídas, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, desde que desapareçam os motivos que as legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas, desde que surja a necessidade.

Vista como um mal necessário – uma medida estatal interventiva necessária em todos os ordenamentos jurídicos, em um Estado Democrático Constitucional de Direito, pautado na efetivação e valorização dos direitos fundamentais, a prisão cautelar representa a ingerência mais grave que pode exercer o poder estatal na liberdade individual.

A tensão dialética, que domina todo o processo penal, entre o dever de administração de Justiça eficiente para controlar a criminalidade (efetividade da persecução penal) e a proteção dos direitos fundamentais que regem o Estado Social de Direito, encontra, aqui, seu mais profícuo terreno de discussões.

Nas palavras de Odone Sanguiné (2014, p. 2) a segregação cautelar significa “o isolamento do imputado do mundo circundante”, o que implica um rompimento de relações de índole familiar, social, dentre outras.

Dizendo em outros termos, o isolamento (prematureo) tem uma afetação extraordinária (imensurável e até incompreensível para quem não passou pela senda do cárcere) para a vida inteira do sujeito atingido pela medida.

Por conta disso, há entendimento doutrinário de peso, radicalizando o pendor garantista<sup>62</sup>, que combate a existências das prisões cautelares – medida cautelar pessoal por excelência, notadamente como se vê no pensamento jusfilosófico de Luigi Ferrajoli:

Toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido com ato de força e arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo. É um mísero paralogismo dizer que cárcere preventivo não contradiz o princípio *nulla poena sine iudicio* – ou seja, a submissão à jurisdição em seu sentido mais lato -, pois não se trata de uma pena, mas de outra coisa: medida cautelar, ou processual, ou, seja como for, não penal. (...) O imputado deve comparecer livre perante seus juízes, não só porque lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também – e diria acima de tudo – por necessidade processual: para que ele esteja em pé de igualdade com a acusação; para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar sua defesa; para que a acusação não esteja em condições de trapacear no jogo,

<sup>62</sup> Para Marcellus Polastri Lima (2008, p. 324): “esse discurso (...) fica à margem da realidade, pois se é desejável que não fosse necessário recorrer à medida extrema da prisão cautelar (como também é desejável que não houvesse o cometimento de crime), por outro lado, é necessário que a sociedade tenha meios para se defender, processando aqueles que ultrapassam os limites da convivência em comum atingindo os direitos e garantias constitucionais dos cidadãos, com o fim de garantir a futura aplicação da prisão-pena e o bom andamento do processo.”

construindo acusações e deteriorando provas pelas suas costas (FERRAJOLI, 2010, p. 446 e 449).

De fato, subsiste um difícil objetivo em manter o equilíbrio entre as medidas cautelares coercitivas utilizadas pelo Estado, para eficácia da repressão da criminalidade, e os direitos e garantias individuais assegurados na Constituição. O limite de restrição desses direitos em face das prerrogativas estatais é tema de difícil contorno jurídico-político (LOPES, 1998, p. 139)

### **2.2.2 A prisão em flagrante: pré-cautelaridade de garantia máxima**

A prisão em flagrante – cabível no caso de “fundada suspeita” (art. 301 e ss. do Código de Processo Penal – CPP)<sup>63</sup>, sempre foi objeto de diversas controvérsias,

---

<sup>63</sup> Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. § 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja. § 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade. § 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste. § 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. Art. 305. Na falta ou no impedimento do escrivão, qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal. Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto. Art. 308. Não havendo autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à do lugar mais próximo. Art. 309. Se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante. Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

especificamente no que se refere à sua finalidade e natureza.

Nos primeiros anos de vigência do CPP, a prisão em flagrante do infrator era justificada e legitimada com finalidade punitiva, como exigência de exemplaridade, como punição pedagógica, para impedir o dano ao bem jurídico e para satisfazer a opinião pública, devido “a pronta e eficaz intervenção do órgão estatal, prevalecendo esse fim sobre a necessidade processual da medida, (...), restabelecendo a paz social abalada” (TOURINHO FILHO, 1994, p. 82).

Entretanto, a prisão em flagrante delito não está justificada como providência destinada a satisfazer a opinião pública, ou tranquilizar a comunidade ou aplacar a comoção social, antes, conforme defendido pela doutrina predominante atualmente<sup>64</sup>, a prisão em flagrante delito possui, basicamente, três funções: (a) cessar a atividade criminosa e, desse modo, evitar a consumação ou exaurimento do crime; (b) coleta imediata e acautelamento (preservação) da prova da materialidade do fato e da autoria; (c) evitar a fuga do autor.

Quanto à natureza do instituto, a doutrina brasileira tradicionalmente costuma classificar a prisão em flagrante delito como medida cautelar. Trata-se, no entanto, de entendimento equivocado, que vem sendo repetido sem uma reflexão mais atenta ao longo dos anos e que precisa ser revisado.

Aury Lopes, citando o insigne jurista Carnelutti, ensina que a noção de flagrância está diretamente relacionada a chama que denota a existência de uma combustão, a qual não é outra coisa senão a visibilidade do delito (LOPES *apud* CARNELUTTI, 2015, 606).

Ou seja, o flagrante traz à mente a ideia de que coisas percebidas enquanto ocorrem e esta certeza visual da prática do crime gera a obrigação para os órgãos públicos, e a faculdade para os particulares, de evitar a continuidade da ação delitiva, podendo, para tanto, deter o autor (LOPES, 2015, 607).

E assim é, porque o flagrante é mera detenção, sendo uma medida precária, que visa garantir o resultado final do processo, o que leva a doutrina moderna classificar a prisão em flagrante delito como medida pré-cautelar.

A natureza pré-cautelar da prisão em flagrante delito indica que consiste numa antecipação provisória e preparatória da tutela provisória realizada pela autoridade de segurança pública, em casos excepcionais e de urgência, quando não é possível esperar que se desenvolva o procedimento cautelar próprio das medidas cautelares ordenadas pelo juiz, razão

---

<sup>64</sup> Nesse sentido, para Mendes (2015, p. 576): “a prisão em flagrante tem como função básica interceptar o evento criminoso, impedindo-se, assim, a consumação do crime ou o exaurimento de seu *iter criminis*, que seria a sucessão dos vários atos que devem ser praticados pelo agente do crime para atingir o fim desejado.”

pela qual deve ser submetido à confirmação judicial em um prazo brevíssimo, além do qual a medida perde a eficácia e o imputado deve ser colocado em liberdade (ODONE, 2014, 166-167). Em suma:

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar que se direciona a apresentar o detido à disposição do magistrado para que este fundamentadamente delibere, nos termos do art. 310 do CPP: se a prisão é ilegal; senão poderá convertê-la em prisão preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares alternativas à prisão; ou sobre a concessão ao flagrado a liberdade provisória, com ou sem fiança (ODONE, 2014, 166).

A pré-cautelaridade da prisão em flagrante delito se dá em relação à prisão preventiva, revelando-se, assim, como “instrumento do instrumento”<sup>65</sup>, tanto que depois de efetuada a medida, a Constituição Federal exige verdadeira cognição cautelar e a prisão-captura somente se converte efetivamente em prisão-custódia após o exame de sua conformidade com o direito pela autoridade judiciária.

Defende-se, aqui, no entanto, que a prisão em flagrante é dotada de uma instrumentalidade tripla, na medida em que é um instrumento do instrumento (prisão preventiva) do instrumento (processo penal), ou é dotada de instrumentalidade de segundo grau, sendo a prisão preventiva detentora de instrumentalidade de primeiro grau.

O resultado prático desse entendimento é que seria a prisão em flagrante uma medida pré-cautelar de garantia máxima (ou em grau maior), pois nesse momento, no ato da prisão, a materialidade e autoria são tão frágeis e superficiais (do ponto de vista da cognição), que o princípio da presunção da inocência é quase que absoluto, dada a natureza precária da medida, devendo esta durar, portanto, no máximo, 24h, visto que não pode subsistir por si só:

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá o juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não. (...) homologando a prisão em flagrante, deverá, enfrentar a necessidade ou não da prisão preventiva (LOPES, 2015, 214-215).

Endossando ainda mais essa peculiaridade da prisão em flagrante que aqui defendemos (medida pré-cautelar de garantia máxima), a audiência de custódia representa um passo significativo em direção ao respeito aos direitos fundamentais constitucionais do detido, nos termos doravante apresentados.

---

<sup>65</sup> Aury Lopes ensina que a prisão em flagrante possui duas características principais: a instrumentalidade e a autonomia. A instrumentalidade manifesta-se no fato de a prisão em flagrante ser um *strumenti dello strumetno* da prisão preventiva; ao passo que a autonomia explica as situações em que o flagrante não gera a prisão preventiva ou, nos demais casos, em que a prisão preventiva existe sem prévio flagrante (LOPES, 2015, 607).

### 3.3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: EM BUSCA DE UM MODELO GARANTISTA

Um vislumbre histórico nos mostra que nunca houve, ao menos de forma sistemática, uma preocupação com a pessoa detida ou presa<sup>66</sup>. Mesmo a prisão sendo “mais um lugar de suplício que de custódia do réu” (BECCARIA, 1995, p. 103), apenas a partir da Segunda Guerra Mundial essa realidade começou a efetivamente mudar, com a criação de organismos internacionais voltados a preservar e assegurar os direitos humanos fundamentais.

A pena de prisão decorre de uma suposta evolução civilizatória. Em certo sentido, constitui-se, de fato, um progresso humanitário, visto que substitutiva de penas corporais, principalmente a de morte<sup>67</sup>. Para Foucault (2006, p. 132): “de muitas maneiras, a ascensão do moderno sistema penitenciário marca a vitória do discurso racional.”

De todo modo, a racionalidade moderna encontra-se em crise. Se o arcaico sistema prisional não serve mais para os dias atuais, isso se dá porque vivenciamos uma verdadeira crise de modelo, reflexo direto de uma crise de valores.

Em nome do controle da violência, vivenciamos a violência do controle penal, do investimento em repressão, em mais prisão e mais mecanismos de controle, o que se tem revelado como ineficiente e antidemocrático. A lógica da contenção social (de criminosos) é uma política criminal (e sempre uma escolha ideológica, portanto) demasiadamente seletiva e apenas reforça a crueldade do (fracassado) sistema que sustentamos como mecanismo de segurança social.

Para Foucault (2006, p. 56), a prisão e a justiça penal funcionam como espetáculo, fazendo crer que atendem a uma demanda social de necessidade de controle. A prisão sugere que os delinquentes estão bem disciplinados, inativos e isolados e que o aparelho policial repressor continua sagrando-se vencedor na luta da justiça contra o crime, do bem contra o mal, do justo contra o perverso.

Existe uma falsa ideia de assepsia em um sistema punitivo que, no entanto, produz violência e delinquência. Ocorre, assim, um processo circular vicioso (e não virtuoso, como

---

<sup>66</sup> Para Mauro Fonseca e Rodrigo Alflen (2016, p. 15): “Não por acaso, a literatura universal nos deixou importantes registros e impressões sobre como eram os cárceres e o dia a dia das pessoas que a eles eram submetidas.”

<sup>67</sup> Na Idade Média, predominavam as penas físicas, corporais. O cárcere, enquanto instrumento espiritual de castigo, foi introduzido pelo Direito Canônico, posto que, pelo sofrimento e solidão, “a alma do homem se depura e purga o pecado” (FUNES, 2002, p. 63). O delito era uma expressão do pecado e para redimir-se da culpa, o infrator deveria sujeitar-se à penitência que seria um instrumento de santificação. No calor da luta contra as manifestações de heresia, a prisão se aplicava como pena frequente, como instrumento de terror e moralização do criminoso pecador.

alguns pensam e defendem): polícia, prisão e delinquência. Nesse processo a polícia prende e fornece à prisão o infrator. A prisão, por sua vez, transforma o infrator em delinquente que, quando alcança liberdade, novamente é alvo do controle policial e, em grande parte das vezes, é devolvido à prisão (ARAÚJO, 2013, p. 220).

O processo de fidelização é bem simples: assim se forma a clientela do sistema penitenciário. São indivíduos que recorrentemente serão presos ou perseguidos. A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes (ARAÚJO, 2013, p. 222).

Doravante, a partir do gênese da estrutura capitalista que presenciamos hoje, será abordada a realidade carcerária brasileira como um fator de império para a regulamentação das audiências de custódia no Brasil.

### **3.3.1 A realidade carcerária brasileira: a violação dos direitos humanos do detido e a necessária mudança de paradigma**

Com a Revolução Industrial, houve muitas mudanças na estrutura social predominante. As sociedades, que antes eram praticamente rurais, migraram para as cidades e passaram a realizar atividades laborais voltadas para a produção. Neste momento, também houve a evolução dos meios tecnológicos e de comunicações, que ampliou a competitividade, o que levou diversos indivíduos à marginalidade e à delinquência, especialmente a patrimonial (SANCHEZ, 2013, p. 31-32).

Com isto, a sociedade pós-industrial passou a sofrer de uma enorme insegurança, uma vez que as classes marginalizadas passaram a ser vistas como fontes de riscos pessoais e patrimoniais. Ainda, os avanços tecnológicos contribuíram para aumentar o medo das “sociedades de riscos”, já que atreladas a eles surgiram novas formas delituosas, realizadas por meio da informática e da Internet.

Nesse caminhar assevera, com clareza doutrinária peculiar, Sanchez que:

A imprensa, notadamente a sensacionalista, figura como parte integrante das agências penais, etiquetando os criminosos e criando a sensação de alarde social, de total insegurança. Notícias de âmbito regional são ‘nacionalizadas’ de maneira mítica, como forma de legitimar toda a ação polícial estatal e inquirir o sentimento de revolta contra os ‘criminosos’. Essa insegurança foi fator determinante para que repercutisse o ideal social pela obtenção de um meio eficaz para garantir a volta da segurança, para que pudessem se sentir livres ou ao menos mais protegidos contra ameaças a sua vida e a seu patrimônio. Para tanto as sociedades se apoiam no poder de controle do Estado, com a crença de que este órgão soberano possa conter os riscos que as assombram. É nesse sentido que se pode falar do papel simbólico exercido pelo Direito Penal (2013, p.56).

Num breve resumo, a intervenção estatal que é feita por meio do ordenamento jurídico-penal é fruto do medo da violência que assola as sociedades modernas, na medida em que, quase sempre, é mais fácil procurar um paliativo legislativo do que enfrentar as profundas causas que geram a criminalidade.

É nessa linha de ação, portanto, que o Estado tem adotado com mãos de ferro uma política criminal de contenção social, com enfoque no aprisionamento em massa como (suposto) mecanismo de tutela da segurança social.

Adota-se (e justifica-se) uma política recrudescimento pela exceção, de encarceramento seletivo (que criminaliza os pobres, negros e excluídos) e punitivista (em lugar da efetivação de direitos e garantias individuais, a punição se torna política pública de contenção social) adotada em nosso país.

Some-se a isso que nosso sistema penal, controle formal punitivo institucionalizado (um tipo de violência institucionalizada, promovida pelo próprio Estado e com o aval da sociedade), é normogeneticamente (desde suas entranhas de elaboração legislativa) seletivo.

Não por outro motivo asseveram Zaffaroni e Pierangeli, nestes termos:

Ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. [...] Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente ‘vulneráveis’ ao sistema penal, que costuma orientar-se por ‘estereótipos’ que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a *estigmatização* social do criminalizado (2015, p. 73).

O sistema penal revela-se potencialmente seletivo tanto no momento em que define as condutas que deverão ser consideradas ilícitas quanto no momento em que escolhe quem deverá ser responsabilizado por praticar essas condutas, bem como quando escolhe sobre quem incidirá a sanção estatal.

O tripé tipicidade-ilicitude-culpabilidade são os requisitos mínimos para fazer valer a violência estatal sobre os arbitrariamente selecionados, que se traduzem em inconvenientes sociais.

Essa seletividade (ANDRADE, 2003, p. 88) é pautada em estereótipos, que geralmente associados às pessoas mais pobres, reforçam as desigualdades sociais, uma vez que operam claramente em benefício das pessoas que exibem os estigmas da respeitabilidade dominante e em desvalor dos que exibem os estigmas da associabilidade e do crime.

O problema é que a balança sempre pende para o lado mais fraco<sup>68</sup>. O lado mais fraco, *in casu*, são os grupos seletivamente criminalizados pelo sistema penal, quais sejam, pobres e negros. A título de argumentação, mencione-se que no Brasil quase 715.655 mil detentos compõem a crescente população carcerária, terceira maior do mundo depois da China e dos Estados Unidos<sup>69</sup> (CNJ, 2014) e que de acordo com as estatísticas, 95% são pobres ou muito pobres; 65% são negros e pardos; e 65% cometeram crimes que não envolveram violência (STF, 2012).

Ademais, o índice de reincidência após o cumprimento da pena, chega a até 70%, sendo um dos mais elevados do mundo (CNJ, 2015). Atualmente, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apenas 8% da massa carcerária tem acesso a atividades educacionais no país e 70% destes não conseguem emprego quando deixam a prisão, abrindo espaço para o retorno ao crime e perpetuação de sua condição socioeconômica e cultural.

O Direito, em especial o Direito Penal, é um verdadeiro instrumento de dominação e criminalização da pobreza. As elites brasileiras, representantes da hegemonia conservadora, utilizam-se historicamente do Direito Penal como instrumento de controle social e disciplinamento das classes populares do país.

A imposição do medo por meio do sistema punitivo, dada a flagrante seletividade na escolha de seus alvos preferenciais, visa manter incólume o modelo de ordenamento social introduzido no Brasil pelo sistema escravista de produção (WERMUTH, 2014, p. 436).

---

<sup>68</sup> Nesse compasso, Luiz Flávio Gomes tece crítica sobre a prisão no Brasil (2015): “Prendemos muito e exorbitantemente mal (a prova disso é que a criminalidade não está diminuindo). As prisões estão abarrotadas e a criminalidade aumenta a cada dia: em 1980, tínhamos 11 assassinatos para 100 mil pessoas; em 2012, chegamos a 29 para 100 mil; das 50 cidades mais violentas do planeta, 19 são brasileiras. Prendemos mal pelo seguinte: 51% dos presos não praticaram crimes violentos (prendemos fundamentalmente marginalizados e muitos deles não são violentos; prende-se inclusive por fatos insignificantes e deixa-se escapar milhares de criminosos violentos). Conforme o InfoPen, do Ministério da Justiça, o Brasil contava (em 2013) com 41% de presos provisórios. Justiça morosa (demora muito para julgar), que faz da prisão cautelar instrumento de controle social. A falta de educação de qualidade (no século XXI) é o equivalente *moral* da escravidão dos séculos XVI-XIX (Eduardo Giannetti). A prisão massiva aloprada (no século XXI) é o equivalente *imoral* da inquisição (dos séculos XVI-XIX). A Justiça “torquemada” (Torquemada foi o inquisidor geral da Espanha, no final do século XV) é o equivalente imoral no século XXI do Santo Ofício. O déficit de vagas supera 230 mil. O desrespeito a todo tipo de legalidade é abrumador. Dignidade humana não existe nesse local (que o digam os executivos ricos que foram presos recentemente). No Amazonas, mais de 70% dos presos são provisórios. Pior: pesquisa feita em parceria entre o Depen (Departamento Penitenciário Nacional) e o Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) apontou que em 37,2% dos casos em que há aplicação de prisão provisória, os réus não são condenados à prisão ao final do processo ou recebem penas menores que seu período de encarceramento inicial. O abuso prisional está mais do que demonstrado. Como combater o mau uso da prisão no Brasil?”

<sup>69</sup> A nova população carcerária brasileira é de 715.655 presos. Os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a representantes dos tribunais de Justiça brasileiros, nesta quarta-feira (4/6), levam em conta as 147.937 pessoas em prisão domiciliar. Para realizar o levantamento inédito, o CNJ consultou os juízes responsáveis pelo monitoramento do sistema carcerário dos 26 estados e do Distrito Federal. De acordo com os dados anteriores do CNJ, que não contabilizavam prisões domiciliares, em maio deste ano a população carcerária era de 563.526 (CNJ, 214).



Nos dizeres de Lenio Streck (2014) “a falta de uma filtragem hermenêutico-constitucional na legislação penal continua fazendo vítimas cotidianamente. E quem mais sofre são naturalmente os componentes do andar de baixo da sociedade”.

O contexto atual da política criminal é marcado nos círculos intelectuais pela necessidade de reconduzir a intervenção punitiva do Estado na direção de um Direito Penal mínimo. Tal expressão engloba propostas diversas cujo denominador comum é a vocação restritiva do Direito Penal.

Nesse contexto, exsurge a necessidade de (re)discutir a legitimidade da tutela expansionista do Direito Penal – aparentemente justificada por conta da sociedade de risco (incertezas, como preferem alguns) que vivenciamos, em especial dessa política-criminal de aprisionamento maciço.

O fenômeno da globalização (BECK, 2010, p. 23), com seus efeitos irradiantes (transnacionalismo, tecnologias da informação, direitos Humanos em perspectiva universalizante, destruição ambiental, conflitos transculturais, enfraquecimento da democracia, contenção da violência, dentre outros), é uma característica intrínseca da modernidade reflexiva<sup>70</sup>, que é dotada de riscos com dimensões diferentes da sociedade existente até então.

Para além dos riscos tradicionais e dos emanados da sociedade industrial, à sociedade hodierna reflexiva, foram agregados outros riscos inerentes à modernidade (ou pós-modernidade). Já não existe conduta isenta de riscos.

A “sociedade de riscos” tem repercussão direta no bem-estar individual, ocasionando, por vezes, uma reação irrefletida por parte dos atingidos, como a institucionalização da insegurança, que se dá mediante a vivência subjetiva dos riscos claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos.

Os riscos, que a sociedade moderna e pós-moderna trouxe, e trará, à coletividade são incontestes, acarretando, de efeito, uma crise ao sistema jurídico-penal posto. Flexibilização de garantias penais e antecipação ao máximo da tutela penal, hipertrofia legislativa, descodificação e nova formatação dos tipos penais, novas técnicas de investigação e enfrentamento do perigo, são alguns dos reflexos imediatos da 'sociedade do risco' na dogmática-penal.

---

<sup>70</sup> A modernização reflexiva, também denominada por Beck como segunda modernidade, é a fase de radicalização dos princípios da modernidade. Enquanto a primeira modernidade caracterizou-se pela confiança no progresso e controlabilidade do desenvolvimento científico-tecnológico, pela procura de pleno emprego e pelo controle da natureza, a modernidade reflexiva é uma fase na qual o desenvolvimento da ciência e da técnica não pode dar conta da predição e controle dos riscos que ele contribuirá para criar.

Preleciona Luiz Francisco Torquato Avolio, asseverando o papel de relevo da mídia nesse contexto pós-moderno:

Como se não bastasse, a mídia tem desempenhado um papel de relevo na transmissão da sensação de insegurança materializada nos clamores pelo endurecimento da política criminal do Estado. Essa executivização das agências de comunicação social significa um abandono da postura meramente informativa da imprensa, para adoção de um modelo ideologicamente marcado pela propagação implícita de ideias que atendem os interesses dos grandes grupos econômicos (2002, p. 39).

Em suma-síntese, o sensacionalismo midiático prega a criminalização e o recrudescimento da política criminal diante dos riscos inerentes à Segunda Modernidade, disseminando a ideia de que as garantias constitucionais dos criminalizados constituem um estorvo à efetividade do poder punitivo estatal. Conclama um Direito Penal excepcional e máximo, portanto.

O Estado contemporâneo passou por um processo histórico: do estado de bem-estar social para um modelo com uma definição mais difusa, em que a instituição estatal modifica as funções atribuídas a autoridade central, acomodando-se a um modelo de Estado mínimo no aspecto socioeconômico, mas de máxima intervenção no que se refere ao controle social.

Nessa linha de intelecção, e com precisão, Wacquant (2001, p. 24) define o Estado em sua formatação atual: “diminuição do Estado Econômico, enfraquecimento do Estado Social, e fortalecimento e glorificação do Estado penal.”

Surge, assim, uma nova forma de gestão das insuficiências integradoras do contrato liberal, o qual tem uma rede social de segurança alimentada pela exclusão, que se dá mediante o exercício direto do controle social sobre os “espaços periféricos”, mediante vigilância e sujeição (WACQUANT, 2001, p. 24).

Nesse contexto, analisando a tendência de impingir ao direito penal um papel político e seletivo de controle da massa de excluídos produzida pelo próprio sistema capitalista global – gênese da sociedade de incertezas, Daniela Carvalho Almeida da Costa (2010), ensina que:

O novo viés legitimador do sistema penal, bem como do retrocesso que hoje vivenciamos, centra-se na necessidade de uma maior intervenção penal para dar resposta aos novos conflitos insurgentes com a globalização dos capitais e a sociedade tecnológica e informacional atual, ou seja, uma maior intervenção nos centros de poder do sistema capitalista global de produção, portanto, que atinja eminentemente a criminalidade perpetrada pelos poderosos. O temor é que tal discurso legitimador não passe de retórica e acabe por construir um sistema penal antigarantista indiscriminado que, por conseguinte, acabe servindo para reprimir os excluídos de sempre. Em tempos de globalização econômica, nos quais vivenciamos uma redefinição do papel do próprio Estado-nação, o temor é que se legitime um sistema penal antigarantista (que, longe de atingir os poderosos, sirva tão somente para recrudescer a repressão aos excluídos), disfuncional e completamente contrário

ao que se sonhou com o advento do Iluminismo, a ascensão da burguesia e a instituição do Estado-nação.

A partir dessa perspectiva, a punição como paradigma de controle tem um efeito mais acentuado sobre os setores sociais mais desfavorecidos. O controle e a vigilância são erigidos a necessidades primárias e, como consequência, faz-se preciso segregar e excluir cada vez mais determinados grupos, visto que potencialmente perigosos.

Nota-se que o pragmatismo-eficientista é a característica marcante atual do direito penal. O que importa é que o sistema seja eficiente, que alcance seus resultados programados, ainda que custe a retaliação de direitos e garantias fundamentais. Enquanto a intervenção punitiva tem função residual em um sistema economicamente desregulado, é potencializada em face da marginalidade e imigração (FREIRE, 2004, p. 71).

Partindo do pressuposto dessa definição de prioridades, centrada na segurança, o modelo de controle que se impõe é de exclusão de uma parcela da população que não tem nenhuma ou pouca função no modelo produtivo capitalista. É uma revitalização da ideia de fragmentação e separação como fundamento da ordem em que se origina a própria sociedade moderna. O paradigma do controle incide sobre “o outro”, os inimigos da sociedade, a não-pessoa, o novo *homo sacer* do século XXI<sup>71</sup>.

O resultado que se obtém é que estamos assistindo em todo o planeta o fenômeno da explosão da população carcerária, como corolário direto da distinção entre os globalizados e os excluídos. Nesse compasso, Juan Fuentes Osório pontua com maestria assaz esclarecedora as distinções:

Entre ellos, se destaca indudablemente lo siguiente: en la sociedade globalizada también la distribución de renta es inversamente proporcional a la distribución de los castigos. A los globalizados mejor renta y menos castigos; a los excluidos menor renta y más castigos (2005, p. 24).

O movimento lei e ordem tem com alvo os grupos socialmente marginalizados, postulando pela criminalização mais duras das condutas, assim como pelo aprisionamento em massa dos excluídos. Por esse prisma, a atual expansão da população carcerária no mundo e no Brasil, em particular, reflete mais um modo de gestão da situação social e da necessidade de exclusão social do que a um proporcional incremento da criminalidade.

Some-se a tudo dito que a baixa de legitimidade das instituições, especificamente, do Poder Legislativo e do Poder Executivo, é uma realidade contemporânea de notória constatação. De igual modo, o empoderamento do Poder Judiciário, como órgão responsável

---

<sup>71</sup> A configuração do *homo sacer* como expressão do novo modelo de um direito penal punitivo, nos contornos dados pelo cientista político e filósofo Giorgio Agamben, será trabalhado no capítulo III da presente obra.

pela correção do *déficit* de legitimidade dos demais poderes, tem se tornado mais evidente.

A constitucionalização do direito<sup>72</sup> e o paradigma neoconstitucionalista<sup>73</sup> contribuem, efetivamente, para conceder ao Judiciário o *status* de protagonista no cenário jurídico-político atual, visto reforçar ativa e proativamente sua atuação, resultando em uma aparente supremacia do Judiciário.

Nessa linha de intelecção, Barroso preleciona que a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, ponderando, por fim que:

a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (2012).

Pontue-se que, muito embora a intervenção judicial torna-se necessária ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, não se autorizaria o Judiciário a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. Os bloqueios políticos e institucionais devem ser superados sem, contudo, afastar esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. A atuação judicial deve se dar em diálogo com os outros poderes e com a sociedade.

Nesse cenário de ativismo foi proferida, pelo plenário do E. Supremo Tribunal Federal<sup>74</sup>, decisão que concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional<sup>75</sup>” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Explorando o assunto em questão, Barroso (2012) salienta que ideia de constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.

<sup>73</sup> Em suma-síntese, Inocêncio Mártires Coelho (MENDES *et. al*, 2008, p.127) ensina que esse novo constitucionalismo marca-se pelos seguintes aspectos: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação”

<sup>74</sup> STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798).

<sup>75</sup> O conceito de ECI (“Estado de Cosas Inconstitucional”) foi desenvolvido pela Corte Constitucional colombiana no contexto de violações sistemáticas de direitos fundamentais e possui um propósito bastante ambicioso: permitir o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves e contínuas inconstitucionalidades praticadas contra populações vulneráveis em face de falhas (omissões) do poder público (LIMA, 2015).

<sup>76</sup> O Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) ocorre quando se verifica “a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura” (CAVALCANTE, 2015).

Os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional, apresentados por Eduardo Campos são, em suma-síntese:

a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;

a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;

a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias

---

constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas. Em relação ao Funpen, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuiria para o agravamento do quadro. Destacou que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária. A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF. Assim, caberia à Corte o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. A intervenção judicial seria reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. Todavia, não se autorizaria o STF a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deveria superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deveria agir em diálogo com os outros poderes e com a sociedade. Não lhe incumbiria, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros poderes, deveria coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trataria de substituição aos demais poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias para se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas. (ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. [ADPF-347])

mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.(CAMPOS, 2015).

Para Lênio Streck, a teoria do estado de coisas inconstitucional é uma forma de ativismo judicial camuflado, dada sua pretensão de “remédio estrutural”, asseverando o mencionado jurista, em tom crítico característico:

O próprio nome da tese (Estado de Coisas Inconstitucional — ECI) é tão abrangente que é difícil combatê-la. Em um país continental, presidencialista, em que os poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte, nada melhor do que uma tese que ponha “a cereja no bolo”, vitaminando o ativismo (STRECK, 2015).

Nessa perspectiva, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, o Judiciário reconhece a existência de uma violação massiva, generalizada e estrutural dos direitos fundamentais contra um grupo de pessoas vulneráveis e conclama que todos os órgãos responsáveis adotem medidas eficazes para solucionar o problema. Nesse sentido, o ECI é uma forma de dizer que a situação está tão caótica e fora de controle que é necessário que todos os envolvidos assumam um compromisso real de resolver o problema de forma planejada e efetiva (LIMA, 2015).

Vivenciamos um verdadeiro estado de coisas inconstitucional, marcado pela constatação de um quadro de não apenas proteção deficiente (ou ausente), e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas. E o exemplo, por excelência, desse lamentável estado é o sistema penitenciário brasileiro, que viola sistematicamente os preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, os direitos fundamentais dos presos seletivamente arregimentados pelo sistema.

A situação é tão desumana e degradante que já houve quem comparasse as prisões brasileiras a campos de concentração:

A conclusão é que, apesar das previsões legais e constitucionais, o sistema carcerário nacional é, seguramente, um campo de torturas físicas e psicológicas. Do ponto de vista psicológico, basta referir as celas superlotadas; a falta de espaço físico; a inexistência de água, luz, material higiênico, banho de sol; a existência de lixo, esgotos, ratos, baratas e porcos misturados com os encarcerados; presos doentes, sem atendimento médico, amontoados em celas imundas, e outras situações descritas nas diligências, fotografadas e filmadas pela CPI. Em todos os estabelecimentos penais diligenciados, representantes da CPI ouviram dos presos e parentes denúncias de torturas e maus-tratos. Em algumas unidades prisionais diligenciadas, a CPI constatou marcas de torturas nos presos. Os presos são intimidados permanentemente. Boa parte das unidades é comandada por exdelegados da Polícia Federal, militares da ativa ou reformados, ou ainda por Policiais Militares, levando à militarização do ambiente carcerário. De fato, a maioria dos estabelecimentos penais no Brasil pode ser caracterizada como verdadeiros campos de concentração (POZZEBON *et. al*, 2013, p. 417)

A superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas.

O estado de coisas inconstitucional é uma realidade incontestável ante a situação atual do sistema prisional brasileiro, que se encontra em plena falência, refletindo uma crise de valores que, por sua vez, resulta em uma crise de modelo, na medida em que o direito penal administrativizado, ou seja, utilizado como mecanismo de contenção da criminalidade e não como instrumento de contenção do poder de punir.

Com efeito, “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou ainda pior, aumenta” (FOUCAULT, 2006, p. 277). A lógica da penalidade neoliberal enfrenta um verdadeiro paradoxo: pretende remediar com “o mais Estado” policial e penitenciário “o menos Estado” econômico e social (WACQUANT, 2001, p.7).

As prisões<sup>77</sup> se consubstanciam em um verdadeiro curso de pós-graduação no crime,

---

<sup>77</sup>A própria origem do sistema carcerário depõe contra ele. Inobstante o surgimento progressivo do sistema carcerário insira-se na lógica da racionalidade moderna da execução da pena criminal, desde sua gênese o sistema configura um atentado direto contra os direitos humanos. No sistema pensilvânico ou de Filadélfia, também conhecido como celular, o preso era recolhido à sua cela, isolado dos demais, não podendo trabalhar ou mesmo receber visitas, sendo estimulado ao arrependimento pela leitura da Bíblia. Notícia Manoel Pedro Pimentel que “este regime iniciou-se em 1790, na *Walnut Street Jail*, uma velha prisão situada na rua Walnut, na qual reinava, até então, a mais completa aglomeração de criminosos. Posteriormente, esse regime passou para a *Eastern Penitentiary*, construída pelo renomado arquiteto Edward Haviland, e que significou um notável progresso pela sua arquitetura e pela maneira como foi executado o regime penitenciário em seu interior (2012, p. 478). Já não se tratava de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinqüente, mas de um eficiente instrumento de dominação servindo, por sua vez, como modelo para outro tipo de relações sociais (BITTENCOURT, 2003, p. 94). Com efeito, esse sistema em nada contribuía para os fins úteis ou ressocializadores almejados, pelo contrário, produzia efeito contrário, levando, por vezes, o indivíduo desprovido de sua liberdade as raias da loucura. Revelando-se completamente falido, o sistema pensilvânico ou de Filadélfia cedeu espaço para outro sistema que ficou conhecido como “sistema auburniano”, em virtude de ter sido a penitenciária construída na cidade de Auburn, no Estado de Nova York, no ano de 1818. Menos rigoroso que o sistema anterior, permitia o trabalho dos presos, inicialmente, dentro de suas próprias celas e, posteriormente, em grupos. O isolamento noturno foi mantido. Uma das características principais do sistema auburniano diz respeito ao silêncio absoluto que era imposto aos presos, razão pela qual também ficou conhecido como *silent system*. Os detentos não podiam falar entre si, somente com os guardas, com licença prévia e em voz baixa. Mencionado sistema, no entanto, não estava isento de falhas, o que é apontado por Manoel Pedro Pimentel, nestes termos: “o ponto vulnerável desse sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida. Usavam como até hoje usam, o processo de fazer sinais com batidas nas paredes ou nos canos d’água ou, ainda, moderadamente, esvaziando a bacia dos sanitários e falando no que chamam de *boca do boi*. Falhava também o sistema pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, com a abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quanto a instrução e ao aprendizado ministrado aos presos” (2003, p. 138). Nesse norte, portanto, o sistema em tela revelou-se, igualmente ao seu antecessor, incapaz de cumprir a suposta missão de humanização da pena. Com efeito, um dos fatores que levaram ao desaparecimento desse sistema foi a implantação de um regime disciplinar rigoroso em excesso com os detentos, tornando o ambiente sempre negativo e deprimente. Estes dois sistemas (pensilvânico e auburniano), por suas características rígidas e humanamente assoladoras,



onde se proliferam as organizações criminosas, e atuam como agentes causadores de aflições físicas (tortura e todo tipo de tratamento desumano e degradante) e psicológicas (isolamento, perda da sociabilidade, da afetividade e da identidade), fatores esses que aniquilam na pena de prisão os seus caracteres de igualdade, legalidade e jurisdicionalidade (XAVIER DE AQUINO, 2016, p. 169).

Ponderando sobre a questão em análise, Luigi Ferrajoli (2010, p. 379), considera que o cárcere consiste em “uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva.”

Sempre oportuno lembrar, por inconveniente ser, que os detentos são tratados como coisas (como se só obrigações tivessem) e não como sujeitos de direitos (o que não os exime de obrigações), tornando quase impossível a tão propalada e defendida recuperação social (como é possível falar em ressocialização de quem nem mesmo foi socializado, vivendo sempre “as margens” do que é social?) do preso.

Sem mencionar, ainda, que as penas ultrapassam a figura do agente do fato, visto que seus parentes se submetem a uma série de vexames, humilhações, constrangimentos, estigma

---

destoando, e muito, da finalidade ressocializadora da pena, ficaram conhecidos como não-progressivos. O sistema progressivo surgiu inicialmente na Inglaterra, sendo posteriormente adotado pela Irlanda. Pelo sistema progressivo inglês, que surgiu no início do século XIX, Alexander Maconochie, capitão da Marinha Real, impressionado com o tratamento desumano que era destinado aos presos degradados para a Austrália, resolveu modificar o sistema penal. Na qualidade de diretor do presídio do condado de Norwich, na ilha de Norfolk, na Austrália, Maconochie cria um sistema progressivo de cumprimento das penas, a ser realizado em três estágios. No primeiro deles, conhecido como período de prova, o preso era mantido completamente isolado, a exemplo do que acontecia no sistema pensilvânico; como progressão do primeiro estágio, era permitido o trabalho comum, observando-se o silêncio absoluto, como preconizado pelo sistema auburniano, bem como o isolamento noturno, “passando depois de algum tempo para as chamadas *public work-houses*, com vantagens maiores”, o terceiro período permitia o livramento condicional. O sistema progressivo irlandês acrescentou mais uma fase às três mencionadas anteriormente, aperfeiçoando o sistema progressivo. Na precisa lição de Roberto Lyra: “o sistema irlandês de Walter Crofton (1857) concilia os anteriores, baseando-se no rigor da segregação absoluta no primeiro período, e progressiva emancipação, segundo os resultados da emenda. Nessa conformidade, galgam-se os demais períodos – o segundo, com segregação celular noturna e vida em comum durante o dia, porém, com a obrigação do silêncio; o terceiro, o da prisão intermédia (penitenciária industrial ou agrícola), de noite e de dia em vida comum para demonstrar praticamente os resultados das provas anteriores, isto é, a esperada regeneração e a aptidão para a liberdade; por fim, chega-se ao período do livramento condicional” (2001, p. 91). Convém mencionar que o sistema progressivo é adotado pelo nosso ordenamento jurídico. Tal sistema contribuiu para a individualização da execução penal. Luiz Regis Prado, discorrendo sobre a evolução dos sistemas progressivos no Brasil, afirma que: “a Lei 6.416/1977 introduziu substanciais alterações no sistema progressivo, a saber: a) foi facultado o isolamento celular inicial para os reclusos; b) foram criados os regimes de cumprimento de pena (fechado, semi-aberto e aberto); c) o início do cumprimento da pena poderia dar-se em regime menos rigoroso, observados o tempo de duração daquela e a periculosidade do réu; d) o livramento condicional poderia ser concedido ao condenado à pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) igual ou superior a dois anos” (2006, p. 545). Mas tal sistema hodiernamente também se encontra em crise e não é imune a críticas. Encontra-se, até mesmo, em processo de substituição e superação, por um sistema de tratamento de individualização científica. E os motivos dessa crise são diversos e múltiplos. Com efeito, o sistema carcerário tem passado por profundas metamorfoses, sobretudo em face da necessária preservação da dignidade dos detentos. Assegurar a integridade física e moral dos presos não é mera garantia constitucional, mas um vetor normativo congruente com a proteção e salvaguarda dos direitos humanos.



social, assédios sexuais, dentre outros, para poder visita-los nos estabelecimentos prisionais.

Dissertando sobre as condições subumanas da maioria dos cárceres em nosso país, José Carlos Xavier de Aquino, explica como tal situação de precariedade nega o discurso tradicional-clássico, produzindo, antes, mais criminalidade e menos justiça social:

Ademais as condições precárias das cadeias no país, como superlotação, falta de água e alimentos, bem como a ausência de higiene e segurança sanitária, entre outros, leva o condenado a se aproximar de facções criminosas, por uma questão de sobrevivência. E aquele que se alia ganha privilégios e proteção do grupo, aprofundando-se, dessa forma, a sua intimidade com os crimes e com os infratores profissionais que lhe estenderam a mão (2016, p. 177).

No mesmo sentido, o Plenário da Corte Suprema<sup>78</sup> assevera que os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentam o aumento da criminalidade, pois transformam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves.

A responsabilidade por essa situação, no entanto, é compartilhada. É solidária. Deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal e a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira “falha estrutural” que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação.

Assim, diante da destacada omissão das autoridades públicas e da persistente violação dos direitos humanos, faz-se necessário um controle judicial mais rigoroso tanto para impedir o inchaço do sistema carcerário, quanto para resguardar a integridade física e moral dos detidos provisória e definitivamente.

Some-se isso a permanente e reiterada violação dos direitos humanos dos encarcerados, como se encarcerado humano não fosse, ou ao ser encarcerado, o humano fosse destituído de sua intrínseca dignidade. Trata-se de uma violação histórica e, em certa medida, consentida pelas autoridades públicas, consentimento este evidenciado pela prolongada omissão das referidas autoridades no cumprimento de suas obrigações constitucionais, legais e institucionais para garantia e promoção dos direitos humanos.

Já não bastam as consequências da condenação e os direitos atingidos pela sentença, o preso tem, diuturnamente, sua dignidade tolhida. Assevere-se, no entanto, que a integridade física e moral do preso, como sinônimos de dignidade que são, não é atingida pela sentença penal condenatória<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Nos termos consignados na ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798).

<sup>79</sup> Aliás, muitos outros direitos não são. Cite-se, nesse rol, exemplificativamente: *a*. Inviolabilidade do direito à

A consagração da dignidade implica em considerar o homem como centro do universo social e jurídico. Esse reconhecimento abrange todos os seres humanos, considerando-os individualmente, de modo que a projeção dos efeitos da ordem jurídica, não há de se manifestar, a princípio, ante a duas ou mais pessoas. Daí importar na consequência de que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que concerne na elaboração da regra de direito (igualdade na lei), quanto em relação a sua aplicação (igualdade perante a lei).

A interferência do princípio da dignidade da pessoa humana requer reverência a igualdade entre os homens, uma vez que a titularidade deste direito se estende a todos aqueles que se encontrem vinculados a ordem jurídica brasileira; impede a consideração do ser humano como objeto, degradando-se a sua condição de pessoa, a implicar na observância de prerrogativas de direito e processo penal e execução penal; e sempre demanda um patamar existencial mínimo.

Diante do crescimento da criminalidade, questionar a dignidade do apenado, talvez cause repulsa a uma sociedade sobressaltada, constituída de famílias amedrontadas por ataques criminosos, de pessoas que já sofreram algum tipo de violência ou mesmo um de seus familiares. Porém, o nosso propósito é mostrar a esta sociedade e as autoridades responsáveis

---

vida, à *liberdade*, à igualdade, à segurança e à prioridade, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, *caput*, da CF); *b.* De igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, nos termos da Constituição (art. 5º, I, da CF); *c.* De sujeição ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF); *d.* De integridade física e moral, não podendo ser submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III e XLIX, da CF; Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997); *e.* Liberdade de manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5º, IV, da CF; Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, alterada pela Lei nº 7.300, de 27 de março de 1985); *f.* Direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V, da CF; Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, alterada pela Lei nº 3.000 de 27 de março de 1985); *g.* Liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos (art. 5º, VI, da CF); *h.* De não ser privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII, da CF); *i.* Expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX, da CF); *j.* Inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, da CF); *k.* Inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer (art. 5º, XII, da CF); *l.* Plenitude da liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar (art. 5º, XVII, da CF); *m.* O direito de propriedade (material ou imaterial), ainda que privado, temporariamente, do exercício de alguns dos direitos a ela inerentes (art. 5º, XXII, da CF); *n.* O direito de herança (art. 5º, XXX, da CF); *o.* O direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder, e obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situação de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, alíneas “a” e “b”, da CF); *p.* Direito a individualização da pena (art. 5º XLVI, da CF); *q.* Ao cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII, da CF); *r.* Relacionados ao processo penal em sentido amplo (art. 5º, LIII a LVIII, entre outros, todos da CF); *s.* Direito de impetrar *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção e *habeas data* (art. 5º, LXVIII, LXIX, LXXI e LXXII, da CF), com gratuidade (art. 5º, LXXVII, da CF); *t.* À assistência jurídica integral gratuita, desde que comprove insuficiência de recursos (art. 5º LXXIV, da CF); *u.* Indenização por erro judiciário, ou se ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV, da CF).

pela custódia do preso de que é preciso tratá-lo, ainda que seja de forma desigual aos “homens de bem”, mas de maneira que o tratamento a ele dispensado não modifique a sua condição humana, não o despoje de seus direitos em razão do cumprimento de uma sentença condenatória.

Dignidade do homem e direitos humanos não são contrapontos de sistema penal. É um equívoco colocar, como se tem feito, o paradigma humanitário como inimigo da persecução punitiva, já que essa função do Estado pode se realizar plenamente, e alcançar sua finalidade, sem ofensa aos valores jurídico-políticos máximos, que, na realidade são seus fundamentos.

A situação de superpopulação carcerária no Brasil demanda uma política criminal que revise o problema com outro viés, pois os números são alarmantes e o prognóstico nada animador.

O sistema carcerário brasileiro conta com um total de 715.655 (setecentos e quinze mil, seiscentos e cinquenta e cinco) presos. O número coloca o País em terceiro com o maior número de detentos no mundo, só perdendo para Estados Unidos e China<sup>80</sup>.

Tal condição expõe a necessidade de uma mudança urgente e radical no cenário prisional brasileiro hodierno. A lotação excessiva dos presídios brasileiros é um sinal evidente que a prisão é utilizada como recurso de contenção social, como dito alhures, o que não resolve as causas primárias da criminalidade e da violência.

É preciso, portanto, uma ruptura com o passado e essa mudança se inicia na “porta de entrada do sistema” (por ocasião da prisão em flagrante delito), humanizando-se (por meio de um rigoroso controle judicial), por completo, as agências penais (e seus agentes) desde seu primeiro contato com o infrator.

### 3.3.2 A audiência de custódia: a necessária virada paradigmática

A realidade carcerária verificada em todo o território nacional – notadamente diante da violação generalizada (e histórica) dos direitos humanos dos detidos, provisória e definitivamente, por meio da tortura e de outros tratamentos desumanos e cruéis, legitima a implementação da audiência de custódia no Brasil.

---

<sup>80</sup> Em números absolutos (UOL, 2015), os Estados com a maior população carcerária são: **São Paulo** (219.053), **Minas Gerais** (61.286) e **Rio de Janeiro** (31.510). Os Estados com a menor população carcerária são **Piauí** (3.224), **Amapá** (2.654) e **Roraima** (1.610). Quando os dados são comparados com a população dos respectivos Estados (taxa de encarceramento), o ranking é liderado por **Mato Grosso do Sul** (568,9/100 mil), **São Paulo** (497,4/100 mil) e **Distrito Federal** (496,8/100 mil). Os Estados com a menor taxa de encarceramento são **Bahia** (101,8/100 mil), **Piauí** (100,9/100 mil) e **Maranhão** (89/100 mil).

Aliado a superlotação prisional e ao emprego de um tratamento cruel, desumano e degradante, que justificam e clamam pela implementação efetiva das audiências de custódias, outro importante fator deve ser levado em conta: o *efeito priming*.

Citando Aury Lopes e Moraes Rosa, Azevedo e Souza (2015, p. 35) ensina que, quando lemos uma denúncia descrevendo determinada conduta criminosa, temos uma tendência natural de preencher as lacunas faltantes (aquilo que não foi dito) e consequentemente idealizar o rosto ou o perfil do infrator. No entanto, ao fazê-lo, não imaginamos um indivíduo com um semblante sereno, respeitador e educado, mas um sujeito com atributos rudes e negativos. Essa conduta humana de preencher os espaços vazios desprovidos de informação chama-se *efeito priming*.

Nas esclarecedoras palavras dos mencionados juristas<sup>81</sup>:

Não raras vezes a notícia de um crime nos assusta e joga com o nosso imaginário. Se somos humanos, ao lermos um auto de prisão em flagrante ou uma denúncia descrevendo, por exemplo, a conduta de Paulo K., consistente em ter entrado numa casa, pela madrugada, para o fim de subtrair bens e, no seu percurso, ter sido flagrado pela moradora, senhora idosa, a qual desferiu dois tiros, sem que tivesse morrido, fugindo, na sequência do local do crime e, depois, preso pela polícia, teríamos que preencher as lacunas. Não lembraríamos de um rosto doce, respeitador, educado, mas sim de um sujeito que congrega em si os atributos do mal. Essa conduta humana (preencher os espaços desprovidos de informação) cria o que se denomina de *efeito priming*, ou seja, o efeito que a rede de associações de significantes opera individualmente sem que nos demos conta, fundados naquilo que acabamos de perceber, mesmo na ausência de informações do caso. Daí que a simples leitura da peça acusatória ou do auto de prisão em flagrante gera, aos metidos em processo penal, a antecipação de sentido (LOPES JR.; MORAIS DA ROSA, 2015).

Nesse sentido, a mera leitura do auto de prisão em flagrante poderá perfeitamente

---

<sup>81</sup> Em outra excelente pesquisa científica, Aury Lopes em conjunto com Ruiz Ritter (2016), ao tratarem sobre o “efeito primazia” (*efeito priming*) no processo penal, tece relevantes considerações no seguinte sentido: “quer dizer que, as informações posteriores a respeito de uma pessoa, em geral, são consideradas no contexto da informação inicial recebida, *sendo esta, então, a responsável pelo direcionamento da cognição formada a respeito da respectiva pessoa e pelo comportamento que se tem para com ela*, podendo-se reconhecer, com Freedman, Carlsmith e Sears, que “As primeiras impressões são não só o começo da interação social mas também as suas principais determinantes.” As causas para esse fenômeno são atribuídas tanto à necessidade de se manter a coerência entre as informações recebidas, quanto ao nível de atenção dado para as informações, que tende a diminuir substancialmente quando já se tem um julgamento formado, fruto de uma primeira impressão. A compreensão dessa problemática nos remete a diversas situações no processo penal, como: risco para a imparcialidade do julgador que atua na fase pré-processual (decretando prisão cautelar, busca e apreensão, interceptação telefônica, etc.), pois ele forma a imagem mental a partir dessa primeira experiência, unilateralmente construída pelo acusador/investigador; a manutenção do inquérito nos autos do processo conduz a que o juiz, quando da prolação da sentença, inicie a leitura dos autos pela denúncia, seguida da leitura de todo o inquérito. Com isso, após centenas (as vezes milhares) de páginas depois, ele finalmente conhece da prova produzida no processo, situação em que a primeira imagem está formada e consolidada, com evidente pré-juízo; as denúncias abusivas, eivadas de adjetivos que estigmatizam o acusado e se destinam a formar uma determinada imagem criminosa estereotipada do réu, que conduz a fixação de uma primeira impressão negativa, geradora de prejuízos cognitivos por toda a instrução e sentença; o problema dos laudos criminológicos na execução penal, que recorrem a categorias como ‘perigoso’, ‘risco de reincidência em grau médio’, ‘personalidade desviada’, ‘tendência criminosa’, ‘mesocriminoso preponderante’, etc.”

fomentar a antecipação distorcida e deturpada da realidade e de sentido, fazendo malograr uma compreensão mais ampla e escoreita dos acontecimentos narrados<sup>82</sup>.

Portanto, “é preciso um olhar muito atento a essas situações (e outras similares), que ratificam e dão musculatura teórica e científica às diversas críticas feitas ao processo penal, justificando mudanças há muito tempo reclamadas” (LOPES; RITTER, 2016) como a implementação das audiências judiciais de garantia.

Sob essa ótica, portanto, enquanto o magistrado tão somente idealizar a figura da pessoa cuja conduta está sendo descrita no auto de prisão em flagrante (sem conhecer maiores informações sobre sua pessoa e acerca dos motivos que o levaram a cometer o crime), há uma maior probabilidade de que converta, por exemplo, uma prisão em flagrante em prisão preventiva e inflacione o sistema prisional, sujeitando o agente do fato a possíveis (e prováveis) tratamentos indignos no cárcere. Desse modo, um dos imperativos para se implementar a audiência de custódia é o de que o julgador tenha a oportunidade de conhecer, em carne e osso, o indiciado, buscando evitar uma compreensão inicial incompleta (e, por vezes, equivocada) sobre os fatos pela simples leitura do auto de prisão em flagrante. O contato do magistrado com o detido assegura, no mínimo, que a decisão seja proferida com base em maiores informações sobre o agente, sua conduta e, finalmente, sua motivação (AZEVEDO E SOLZA, 2015, p.35).

Frente a essas considerações, impera a necessidade de formalizar legalmente (até por conta da segurança jurídica) as audiências de custódias com a finalidade de garantir ao preso em flagrante o direito de “contato imediato com uma autoridade judicial como forma de garantir a excepcionalidade da restrição de liberdade e prevenir eventuais abusos e violências no momento da prisão.” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016).

Importante considerar, agora, em pormenores, o que é a audiência de custódia, seus desdobramentos e seu significado diante da realidade do sistema prisional brasileiro, partindo-se de seu conceito doutrinária e convencionalmente firmado, bem como pelas previsões normativas internas similares.

---

<sup>82</sup> Firmados nesses pressupostos, os mencionados juristas concluem: “Aí reside o primeiro passo fundamental para o acolhimento da audiência de custódia. Não se tratará mais do “criminoso” que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação. Lembre-se que a prisão cautelar é sempre processual, isto é, não servem para antecipar a pena, devendo-se fundamentar a excepcionalidade da contenção cautelar, crítica que já fizemos anteriormente. Daí ganhar importância o dispositivo estatal para análise das razões da prisão cautelar *face-to-face*.” (LOPES JR.; MORAIS DA ROSA, 2015).

### 3.3.3 Audiência judicial de custódia (de garantia)

A audiência judicial de custódia tem sido defendida como um instrumento processual de defesa da liberdade pessoal e da dignidade do preso. Diversos países ocidentais já incorporaram em seu ordenamento o instituto, v.g., Argentina, Chile, Colômbia e México<sup>83</sup>. Nesse rol estão incluídos também países europeus, como a Espanha, a Itália e a Alemanha, cada um com suas especificidades normativas internas<sup>84</sup>.

Apresentando o conceito de audiência de custódia com clareza, Caio Paiva<sup>85</sup> assim se pronuncia:

O conceito de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora à presença de uma autoridade judicial que deverá a partir de prévio contraditório [...] exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão. (2015, p. 31)

O conceito da palavra custódia é, por si só, carregada de considerável significado humanizador. Custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como

<sup>83</sup> Sobre a implementação da audiência de custódia em outros países, convém mencionar estudo elucidativo (não exaustivo) sobre o tema feito pelo Ministério da Justiça: “Assim, segundo a Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Harvard (2015), 28 dos 35 países membros das Organizações dos Estados Americanos (OEA) já se adequaram, por meio de lei ou decisão dos tribunais superiores, às determinações das normas externas a fim de assegurar que o ato de prisão em flagrante submeta-se ao escrutínio judicial quanto a sua legalidade e estrita necessidade, sendo que, a título de exemplo, conforme levantamento da Human Rights Watch (2014)

- Na Argentina, o preso deve ser apresentado a uma autoridade judicial no prazo de seis horas depois de detido caso não haja ordem judicial, conforme prevê o Código de Processo Penal Federal;

- No Chile, em se tratando de flagrante, a apresentação deve ser feita em 12 horas a um promotor, que poderá decidir pela soltura ou pela apresentação, em 24 horas, a um juiz, também conforme o Código de Processo Penal;

- Na Colômbia, pelo Código de Processo Penal, a pessoa presa em flagrante deve ser levada a juízo em, no máximo, 36 horas;

- No México: para a maioria dos tipos penais, pessoas detidas em flagrante precisam ser entregues imediatamente aos promotores, que, por sua vez, devem apresentar os suspeitos a um juiz no prazo de 48 horas ou liberá-los.”

Dentre os 28 países membros das Organizações dos Estados Americanos (OEA) já se adequaram aos tratados internacionais de direitos humanos: Antígua e Barbuda; Argentina; Belize; Bolívia; Canadá; Chile; Colômbia; Costa Rica; Dominica; República Dominicana; Equador; El Salvador; Guatemala; Guiana; Haiti; Jamaica; México; Nicarágua; Peru; Panamá; Paraguai; São Cristovão e Nevis; Saint Lucia; Bahamas; Trinidad e Tobago; Estados Unidos; Uruguai; Venezuela.

<sup>84</sup> Ao entrar em vigor, a Convenção Americana de Direitos Humanos, instituiu, em seu art. 7.5 (conforme doravante detalhado), a necessidade de apresentação, o mesmo breve possível, da pessoa presa a um juiz ou outra autoridade. Não tardou muito, e várias países da América do Sul inseriram, em seus ordenamentos jurídicos, a necessidade dessa apresentação do preso (ALFLEN; ANDRADE, 2016, p. 18).

<sup>85</sup> Ensina, ainda, Caio Paiva (2015, p.43) que “a iniciativa da implementação da audiência de custódia é muito importante e alinha-se com a necessária convencionalidade que deve guardar o processo penal brasileiro”, adequando-se ao disposto no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, como será adiante detalhado neste trabalho.

apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus-tratos ou tortura.

A atual lei brasileira prevê o encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante para que o juiz competente analise a legalidade e a necessidade da manutenção dessa prisão cautelar (art. 306 do Código de Processo Penal). No entanto, essa previsão legislativa tem se mostrado insuficiente tanto para um efetivo controle judicial da legalidade e necessidade da prisão provisória quanto para verificar eventual prática de violência ou desrespeito aos direitos da pessoa presa.

Nesse sentido, a audiência de custódia surge como um instrumento que, na sua essência, tem o “objetivo de analisar a legalidade de prisões em flagrante e avaliar, individualmente, se no caso concreto, há a necessidade da manutenção desse procedimento ou se caberia alguma outra medida cautelar” (ESTEVES; FURTADO, 2015).

Registre-se que desde 1965, o Código Eleitoral brasileiro já previa uma espécie de audiência de custódia para os cidadãos que fossem presos durante o período que corresponde a cinco dias antes e até quarenta e oito horas após o encerramento da eleição, nos termos de seu art. 236, c/c o §2º<sup>86</sup>.

Situação similar é a que consignada no art. 278<sup>87</sup> do Código de Processo Penal, o qual dispõe que se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado.

De igual modo, encontramos hipótese semelhante em nosso Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA<sup>88</sup>, o qual prescreve em seu art. 171<sup>89</sup> que o adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária.

Essas previsões normativas representam um indicativo de humanização do processo ao aproximar o magistrado do agente do fato, superando a mera apreciação formalista-legalista do auto de prisão em flagrante.

No contexto atual, portanto, o contato entre a pessoa presa e o juiz só se dará, em

---

<sup>86</sup> Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto. § 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

<sup>87</sup> Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado.

<sup>88</sup> Lei nº 8.069/90. Outro aspecto relevante ainda no Estatuto da Criança e do Adolescente é a questão normatizada em seu artigo 175, dispondo que em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

<sup>89</sup> Art. 171. O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária.



muitos casos, meses após sua prisão, no dia da sua audiência de instrução e julgamento. Doravante, veremos onde o instituto em tela encontra-se normativamente previsto e os desdobramentos daí advindos.

Com efeito, por meio da audiência de custódia o juiz experimenta o drama vivenciado por milhares de cidadãos presos – por vezes, injusta, arbitrária e desnecessariamente, possibilitando uma análise mais pessoal e profícua da prisão, e, por via de consequência, dotada de mais justeza (MARTINS TÓPOR; NUNES, 2015, p. 31).

Nesse compasso, ao tempo em que se aumenta o poder, em contrapartida, amplia-se a responsabilidade do juiz, do promotor e do defensor (públicos ou privados) “de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade ou eficiência” (WEIS, 2015).

Dessa forma, deve ter como finalidade de promover e salvaguardar as liberdades fundamentais do indivíduo e servir como esclarecimentos dos mecanismos de garantias e proteção a tais direitos essencialmente fundamentais (BARBOSA, 2015).

Sobre a fundamentalidade-necessidade<sup>90</sup> e vantagens da implementação da audiência de garantia em nosso ordenamento jurídico, Aury Lopes e Caio Paiva assim se pronunciam:

São inúmeras vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, do parágrafo 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado (2015).

Nesse caminhar, as contribuições da introdução da audiência de custódia podem

---

<sup>90</sup> Em uma abordagem crítico-reflexiva sobre os que resistem a instituição da audiência de custódia, Luiz Flávio Gomes (2015), apresenta o conceito de *almas inquisitoriais* e disserta sobre os abusos que podem ser evitados com a implantação da medida: “Parcelas das entidades policiais, do Ministério Público e da própria Justiça estão criticando a medida. Almas errantes impregnadas de inquisição e de tribalismo. Francisco (nome fictício) estava no sofá quando a polícia quebrou o portão e invadiu a sua casa gritando, com armas em punho (veja <http://apublica.org/2015/02/presosprovisorios/>); o coletor de lixo não reagiu nem para dizer que era trabalhador de carteira assinada; uma pessoa foi sequestrada; depois de liberada disse que o sequestrador tinha uma tatuagem no braço; a polícia olhou seus arquivos e logo chegou ao Francisco, que ficou preso durante dois meses, porque “reconhecido” pelos policiais pela “tatuagem”; a vítima, quando o viu, descartou prontamente sua participação no crime; Francisco foi liberado (sem nenhuma indenização) e perdeu o emprego. Uma vida, uma família e um emprego foram destroçados (veja Agência Pública). Tirania policial e estatal. Milhares de prisões acontecem assim diária e anualmente. A audiência de custódia pode ser um corretivo para esses abusos. Pode-se também corrigir os abusos na fixação dos valores das fianças. Valores absurdos servem apenas para manter a prisão. A fiança aqui se transforma em fraude libertária. Prisão usada prioritariamente para a contenção da população pobre (ainda que muitos pratiquem crimes não violentos). Daí a presença nas prisões de pouquíssimos ricos (que também praticam crimes escabrosos). O critério da violência (e sua decorrente periculosidade) deveria ser o eixo de mandar ou não mandar alguém para a prisão. Não importa se se trata de rico ou pobre: a violência é um razoável critério de mandar alguém para a cadeia.”



influir na apuração da legalidade e da necessidade de manter-se o flagrado em prisão, por fim, regulando eventuais irregularidades, maus-tratos e tortura com o objetivo de assegurar um sistema de justiça eficaz (MARTINS TÓPOR; NUNES, 2015, p. 32).

### **3.4 TRATADOS INTERNACIONAIS: CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS**

A normatização no plano internacional em volta do assunto é ampla, ancorada em Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. E, segundo o escólio de Eugênio Pacelli (2013, p. 19), a “adesão às normas internacionais, subscritas, ratificadas e promulgadas pelo Brasil, implicará a adoção de regras processuais penais eventualmente ali previstas”.

Em seu artigo 7.5, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), solenemente prescreve que:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos por meio do Decreto Legislativo nº 27/92, sendo promulgada pelo Decreto Executivo nº 678/92, assumindo a obrigação internacional de garantir o seu cumprimento, a ela vinculando-se (GIACOMOLLI, 2014, p. 07).

O objetivo maior da convenção em foco é consolidar um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos intrínsecos ao homem, independentemente do país aonde a pessoa resida ou tenha nascido. “O propósito da Convenção é a proteção da pessoa, não importando se por lei ou por outra medida estatal qualquer” (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 33).

Nesse compasso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem por finalidade julgar casos de violação de direitos humanos, tem salientado, em alguns de seus precedentes, que o controle judicial imediato assegurado pela audiência de custódia consiste em um meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais (CORTE IDH, 2008)<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> Entende a Corte IDH que a audiência de custódia é essencial “para proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física. Tanto a liberdade física dos

Na mesma linha, o art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, prevê que:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para execução da sentença.

Por sua vez, a Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>92</sup>, art. 5.3, garante que qualquer pessoa presa ou detida “deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais (...)”

Vê-se, assim, que o objetivo para essa apresentação é que ela servisse como instrumento de controle sobre a atividade de persecução penal realizada pelo Estado, especificamente sobre os órgãos e instituições responsáveis pelos atos que antecedem ao ajuizamento da ação penal condenatória, ou seja, aqueles que atuam no âmbito investigatório (ALFLEN; ANDRADE, 2016, p. 16).

Nota-se, portanto, que a audiência de custódia não é uma inovação em nosso ordenamento jurídico, antes encontra sua fonte primária nos tratados internacionais de direitos humanos, com os quais o Brasil concordou, livre e soberanamente, em cumprir.

No entanto, inobstante o Brasil, por força de adesão, ratificação e promulgação das normas previstas em Tratados e Convenções de Direitos Humanos, celebrar com os referidos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, os compromissos decorrentes assumidos pelo país não são, efetivamente, aplicados (TÓPOR; NUNES, 2015, p. 34).

Em verdade, a apresentação imediata (leia-se: no prazo de até 24h) do preso perante a autoridade judicial competente vai muito além de simplesmente conferir cumprimento às obrigações internacionais livremente assumidas pelo Estado brasileiro e decorrentes dos supramencionados tratados, na medida em que representa a salvaguarda dos direitos fundamentais dos detidos (WEIS, 2015).

Necessário analisar mais detidamente, agora, por oportuno, o projeto de lei do Senado nº 554/2011 e seus desdobramentos práticos.

---

indivíduos como a segurança pessoal, num contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal.” (CORTE IDH, 2005).

<sup>92</sup> O Conselho da Europa criou, em 04 de novembro de 1950, a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (denominada mais tarde de CEDH), firmada em Roma, arrimado nas diretrizes presentes na Declaração Universal do Direitos Humanos, na qual estabeleceu-se a necessidade de condução sem demora de toda pessoa detida ou presa à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada por lei para exercer tais funções.

### 3.5 PROJETO DE LEI DO SENADO N. 554/2011

O projeto de lei do Senado nº 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, propõe a alteração do §1º do artigo 306 do Código de Processo Penal para instituir a audiência de custódia em 24 horas após a prisão em flagrante. A redação original do projeto é a seguinte:

Art. 306. (...)

§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

A Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) encaminhou à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal (CDH) para que examinasse o projeto antes de se manifestar. De seu turno, a Comissão de Direitos Humanos (CDH) aprovou um projeto substitutivo, com sutis alterações no original, conferindo-lhe a seguinte redação (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 214)<sup>93</sup>:

“Art. 306. (...)

§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2.º A oitiva a que se refere o § 1.º não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 3.º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

---

<sup>93</sup>A norma é clara ao se referir a toda pessoa presa em flagrante delito apenas, exurgindo, por consequência, o entendimento de que o caso não abrange outras hipóteses além do flagrante delito como, por exemplo, em casos de privação da liberdade em virtude de outras prisões cautelares ou até mesmo a prisão definitiva. Tal entendimento, no entanto, encontra forte resistência doutrinária. Nesse sentido, Mauro Fonseca e Pablo Rodrigo Alflen (2016, p.15) argumentam que este não é o posicionamento correto a ser seguido, pois não segue o espírito dos tratados internacionais que tratam da matéria: “assim, por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que, com a distinção entre pessoas presas e detidas, procurou criar o instituto da forma mais ampla possível, de modo a assegurar os direitos humanos da pessoa que, sob qualquer circunstância, seja privada de sua liberdade.” Nesse caminho, aponta o artigo 13 da própria resolução nº 213 do CNJ, ao dispor que a apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos na mencionada resolução. Mauro Fonseca e Pablo Rodrigo Alflen (2016, p.16), por fim, esclarecem que a menção especificamente à pessoa presa em flagrante delito consistiu em uma impropriedade decorrente de uma má técnica na redação do dispositivo.

§ 4.º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 2.º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código”.

A Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) encaminhou à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal (CDH) para que examinasse o projeto antes de se manifestar. De seu turno, a Comissão de Direitos Humanos (CDH) aprovou um projeto substitutivo, com sutis alterações no original (MPF, 2014).

Em 26 de novembro de 2013, o projeto substitutivo foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal e retornou à Comissão de Constituição e Justiça, onde foi atribuído à relatoria do Senador Humberto Costa e recebeu, em 25.06.2014, uma emenda substitutiva de autoria do Senador Francisco Dornelles, que se limita basicamente a alterar a versão original do PLS para nele estabelecer que a audiência de custódia também poderá ser feita mediante o sistema de videoconferência (SENADO FEDERAL, 2016).

Eis a redação deste substitutivo:

Art. 306. (...)

§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, pessoalmente ou pelo sistema de videoconferência, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

No Brasil (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014), várias organizações de direitos humanos têm apoiado a instituição da audiência de custódia como mecanismo de controle da violência e da tortura, notadamente a Justiça Global, a Rede Justiça Criminal, a Conectas Direitos Humanos, a Pastoral Carcerária, o Instituto Sou da Paz, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC).

O Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, apresentou ao Conselho Nacional do Ministério Público (Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais), em 04 de agosto de 2014, na condição de seu Presidente, minuta de nota técnica a favor da aprovação integral do substitutivo do PLS 554/2011, para determinar o prazo de 24h para apresentação do preso à autoridade judicial competente, após efetivada sua prisão em flagrante (MPF, 2014).

Em 2010, com fundamento no artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que vincula o Brasil desde 1992, o Ministério Público Federal, titular da ação penal pública por crimes federais, ajuizou uma ação civil pública de nº 00.14512.10.2010.4.05.8100, para requerer que a Justiça Federal determinasse à União a

implantação da audiência de custódia para assegurar que qualquer pessoa presa no Brasil fosse apresentada à autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas após o ato de prisão em flagrante (MPF, 2014).

Em decorrência da mencionada ação, a Advocacia-Geral da União (AGU) encaminhou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) uma proposta de Resolução para implantar a audiência de custódia. Por sua vez, o CNJ autuou a referida proposta de resolução no processo nº 0001731-41.2012.2.00.0000, ainda em tramitação (MPF, 2014).

Em junho de 2014, a Defensoria Pública da União ajuizou uma ação civil pública na Justiça Federal, pedindo a implantação da audiência de custódia como medida para evitar prisões desnecessárias.

Enfatizando a necessidade deste instrumento processual, o Conselho Nacional de Justiça, por proposta de seu Presidente Ministro Ricardo Lewandowski, intuiu o Projeto “Audiência de Custódia” em 1º de dezembro de 2014, elaborado pelo Juiz Luís Geraldo Sant’Anna Lanfredi. Este projeto que é dirigido pelo próprio CNJ, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) e pelo Ministério da Justiça, propõe um modelo de audiência de custódia a ser implantado no Fórum Criminal da Barra Funda em São Paulo para os fins do artigo 10 do Código de Processo Penal (CPP) e com o propósito de prevenção e combate à tortura (CNJ, 2014).

A Comissão Nacional da Verdade (REVISTA FORUM, 2014) aprovou a Recomendação nº 25 em seu relatório final de 10 de dezembro de 2014 para que seja introduzida a audiência judicial de custódia, visando prevenir a prática da tortura e a prisão ilegal.

No dia 6 de fevereiro de 2015, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu início à implantação do Projeto “Audiência de Custódia” (CNJ, 2014), conduzido pelo seu Presidente, Desembargador José Renato Nalini, em conjunto com o CNJ.

No dia 26 de fevereiro de 2015, o Ministério Público Federal – por meio das Câmaras de Coordenação e Revisão responsáveis pela matéria criminal (2ª CCR), pelo combate à corrupção (5ª CCR) e pelo controle externo da atividade policial e sistema prisional (7ª CCR) – apresentou Nota Técnica manifestando apoio à aprovação do Projeto de Lei do Senado n. 554/11, que pretende instituir a audiência judicial de custódia em 24 horas após a prisão em flagrante (MPF, 2014).

Em maio de 2015, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) divulgou Nota Pública que pede a aprovação do PLS 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, com texto substitutivo apresentado pelo Senador João Capiberibe e posteriormente

ratificado pelo Senador Randolfe Rodrigues (INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, 2015).

Em 22 de setembro de 2015, o Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público aprovou, por unanimidade, durante a 18ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), proposta de recomendação que implementa a participação dos membros dos Ministérios Públicos dos Estados, Militar e Federal nas audiências de custódia, com a finalidade de garantir os direitos individuais do custodiado e promover os interesses da sociedade (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015).

A Associação Juízes para a Democracia (AJD) enviou ofício ao senador Renan Calheiros, presidente do Senado Federal, defendendo a aprovação do PLS 554/2011 (MPF, 2014).

O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE) implantou o projeto Audiência de Custódia no dia 02 de outubro de 2015, em cerimônia realizada na corte sergipana, com a presença do presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski, e do presidente do TJSE, desembargador Luiz Antônio Araújo Mendonça (CNMP, 2015).

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2014, Sergipe é o estado com a maior taxa de presos sem condenação no país, apresentando 73% de presos provisórios entre os 4.307 de sua população carcerária, abrigada em oito unidades prisionais. Isso significa que 7 em cada 10 presos no Sergipe têm processos criminais pendentes de julgamento (MJ, 2014).

No lado diametralmente oposto, há quem se posicione contra a instituição da audiência de custódia no Brasil.

Nesse caminhar, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil) questionou no Supremo Tribunal Federal, mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5240, o Provimento Conjunto nº 3/2015, da Presidência e da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que determina a apresentação de presos em flagrante, até 24 horas após a prisão, para participar de audiência de custódia (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

A ADEPOL sustentou que a chamada “audiência de custódia” é uma inovação no ordenamento jurídico paulista, não prevista no Código de Processo Penal (CPP), e somente poderia ter sido criada por lei federal e jamais por intermédio de tal provimento autônomo, já que o poder de legislar sobre a matéria é do Congresso Nacional. Além disso, segundo a entidade, a norma repercutiu diretamente nos interesses institucionais dos delegados de

polícia, cujas atribuições são determinadas pela Constituição (artigo 144, parágrafos 4º e 6º).

No entanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade – ADI Nº 5.240, interposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil) contra o Provimento Conjunto nº 3/2015, da Presidência e da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que determina a apresentação de presos em flagrante, até 24 horas após a prisão, para participar de audiência de custódia (STF, 2015).

Para a Suprema Corte brasileira, o Provimento Conjunto nº 03/2015 limita-se a disciplinar normas já vigentes, não havendo inovação no ordenamento jurídico, uma vez que o direito fundamental da pessoa presa em flagrante ser imediatamente levada à presença de um juiz está previsto no Pacto de San José da Costa Rica (Artigo 7º, 5), do qual o Brasil é signatário desde 1992.

Por isso mesmo, a implementação legislativa da audiência de custódia é uma medida que se impõe, pois efetiva inúmeras garantias constitucionais e até mesmo convencionais<sup>94</sup>. Em termos pragmáticos, a audiência de custódia já foi efetivamente implementada no Brasil, muito embora com sérias deficiências locais, e os marcos desse fato foram assim esquematizados pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>95</sup>.

O procedimento da audiência de custódia é relativamente simples<sup>96</sup>. A simplicidade do procedimento, no entanto, não torna o instituto de menor importância, pelo contrário, evidencia a necessidade de tornar o processo penal um instrumento em favor da democracia e não um fator de legitimação de um Estado demasiadamente punitivo.

O art. 2º da Resolução nº 213 do CNJ, estabelece que a responsabilidade pelo deslocamento do sujeito a ser apresentado é da Secretária de Segurança Pública ou da Secretária de Administração Penitenciária.

Após o encaminhamento do auto de prisão em flagrante à autoridade judiciária, como o nosso vigente código processual penal já estabelece, os autos de prisão em flagrante serão encaminhados de acordo com a rotina prevista em cada estado da federação<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Dentre os princípios constitucionais que ganham densidade normativa com o instituto em comento, citem-se o respeito ao contraditório (art. 5º, LV, da CF/88), da garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5º, LV, da CF/88), do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), bem como a determinação de que ninguém pode ser preso sem ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo o caso de flagrante e transgressão militar (art. 5º, LXI, da CF/88).

<sup>95</sup> Vide o anexo A.

<sup>96</sup> Vide o anexo B.

<sup>97</sup> Dentre as duras críticas enfrentadas pela audiência de custódia, está o impasse estrutural. O juiz Lázaro Alves (DM, 2015) assim se manifestou: “eventualmente podemos ter fatores complicadores. A mistura dos ingredientes é preocupante. Vejamos: a infraestrutura carcerária faliu, então soltamos os autores de crimes; não se investirá em presídios, segurança pública e educação, portanto, diante da impunidade e mantido o ritmo crescente da

Aqui, remanesce ainda certa resistência, por parte do Poder Judiciário, em receber os sujeitos presos ou detidos a qualquer hora do dia ou tarde, como esclarece Mauro Fonseca Andrade e Plabo Alfien ao afirmar que “durante o dia ou tarde, a justificativa seria a pauta de audiências a serem cumpridas e durante a noite, a justificativa seria o repouso necessário para retomar as atividades normais no dia seguinte” (2016, p.40).

Anteriormente à publicação da Resolução nº 213 do CNJ, mais especificamente, ao tempo dos regramentos expedidos pelos Tribunais estaduais, já era possível verificar a determinação para que a apresentação judicial do preso em flagrante somente ocorresse em horários previamente estabelecidos. Notável crítica a essa prática de resistência foi feita por Leonardo Marcondes Machado, ao considerá-la “a marca da hipocrisia nacional” (2015, p. 50)

Antes da apresentação do custodiado ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio e reservado com advogado por ele constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia, conforme prescreve o art. 6º da mencionada Resolução.

Ademais, o parágrafo único determina que deverá ser reservado local apropriado visando a garantia da confidencialidade do atendimento prévio do custodiado com advogado ou defensor público.

Em seu artigo 15<sup>98</sup> a resolução em comento pretende vincular todos os tribunais as suas diretrizes, impondo-lhes prazo para regulamentar a audiência judicial de custódia, além de buscar assegurar as pessoas presas antes da implementação da audiência de custódia.

A pessoa presa em flagrante delito deverá ser apresentada à autoridade judicial competente o que será obrigatoriamente precedido de cadastro no Sistema de Audiência de Custódia (SITAC)<sup>99</sup> como determinação imposta da própria resolução nº 213 do CNJ.

---

criminalidade, mesmo com as audiências de custódia logo os estabelecimentos penais retornarão a situação atual. Qual será a próxima medida? Talvez a descriminalização do uso e venda de drogas, pois, uma grande parcela de presos está envolvida nesta conduta. E depois? Mais perturbador é pensar em outra possibilidade, provável e muito oportuna em tempos de Lava Jato, petrolão, mensalão e outros escândalos envolvendo figuras importantes da República. Trata-se da mudança da legislação penal que vem se desenhando de forma reptícia, onde nem mesmo os criminosos contumazes e pobres ficarão presos pois, assim, nunca entrarão em celas os criminosos de colarinho branco. Teremos uma legislação penal extremamente garantista, branda e fomentadora de crimes. As propostas legislativas que se têm notícia tornam crível este prognóstico. Não podemos esquecer que a lei penal retroage em favor do réu. Seria uma tábua de salvação para muitos poderosos atualmente em maus lençóis. Seja qual for a intenção da audiência de custódia ela não é uma solução. No máximo é um instrumento controverso e ineficaz a longo prazo, um paliativo para o grave problema de segurança pública que vivemos, com olhos voltados apenas para sua administração sem qualquer movimento sério e efetivo no sentido de resolvê-lo. Nada se fala em educação, melhorar a segurança, a infraestrutura e recuperação da pessoa humana.”

<sup>98</sup> Art. 15. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão o prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor desta Resolução, para implantar a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições. Parágrafo único. No mesmo prazo será assegurado, às pessoas presas em flagrante antes da implantação da audiência de custódia que não tenham sido apresentadas em outra audiência no curso do processo de conhecimento, a apresentação à autoridade judicial, nos termos desta Resolução.



Os dados extraídos dos relatórios serão disponibilizados no sítio eletrônico do CNJ, razão pela qual as autoridades judiciárias responsáveis devem assegurar a correta e contínua alimentação do SISTAC.

Na audiência de custódia a autoridade judicial deverá entrevistar a pessoa presa em flagrante, devendo esclarecer os procedimentos da audiência de custódia, analisando sobre todos os aspectos legais daquela prisão.

A pessoa presa em flagrante durante a audiência de custódia não deverá ficar algemada, exceto nos casos de fundada suspeita de fuga e nos casos de notável resistência ou perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a necessidade da pessoa em custódia permanecer algemada ser justificada por escrito.

O custodiado sobretudo tem o direito de permanecer em silêncio, resguardando ainda direitos como o de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares. Deve ainda expor, perante autoridade judiciária se sofreu algum tipo de maus-tratos ou tortura pelos lugares onde passou antes da apresentação em audiência.

Após a oitiva da pessoa presa o juiz deverá conforme preconiza art.8º §1º da resolução 213 do CNJ, deferir ao Ministério Público e depois a defesa técnica, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito do fato que possam constituir eventual imputação.

A ata da audiência deverá conter apenas e sucintamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido

---

<sup>99</sup> 7º§ 1º. O SISTAC, sistema eletrônico de amplitude nacional, disponibilizado pelo CNJ, gratuitamente, para todas as unidades judiciais responsáveis pela realização da audiência de custódia, é destinado a facilitar a coleta dos dados produzidos na audiência e que decorram da apresentação de pessoa presa em flagrante delito a um juiz e tem por objetivos: I - registrar formalmente o fluxo das audiências de custódia nos tribunais; II - sistematizar os dados coletados durante a audiência de custódia, de forma a viabilizar o controle das informações produzidas, relativas às prisões em flagrante, às decisões judiciais e ao ingresso no sistema prisional; III - produzir estatísticas sobre o número de pessoas presas em flagrante delito, de pessoas a quem foi concedida liberdade provisória, de medidas cautelares aplicadas com a indicação da respectiva modalidade, de denúncias relativas a tortura e maus-tratos, entre outras; IV - elaborar ata padronizada da audiência de custódia; V - facilitar a consulta a assentamentos anteriores, com o objetivo de permitir a atualização do perfil das pessoas presas em flagrante delito a qualquer momento e a vinculação do cadastro de seus dados pessoais a novos atos processuais; VI - permitir o registro de denúncias de torturas e maus-tratos, para posterior encaminhamento para investigação; VII - manter o registro dos encaminhamentos sociais, de caráter voluntário, recomendados pelo juiz ou indicados pela equipe técnica, bem como os de exame de corpo de delito, solicitados pelo juiz; VIII - analisar os efeitos, impactos e resultados da implementação da audiência de custódia. § 2º A apresentação da pessoa presa em flagrante delito em juízo acontecerá após o protocolo e distribuição do auto de prisão em flagrante e respectiva nota de culpa perante a unidade judiciária correspondente, dela constando o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas do flagrante, perante a unidade responsável para operacionalizar o ato, de acordo com regimentos locais. § 3º O auto de prisão em flagrante subsidiará as informações a serem registradas no SISTAC, conjuntamente com aquelas obtidas a partir do relato do próprio autuado.

de cada parte, como também as providências tomadas em caso da constatação de indícios de tortura e maus-tratos.

Concluída a audiência de custódia, cópia da sua ata deverá ser entregue ao custodiado, ao defensor e ao Ministério Público, dando-lhes todos a sua respectiva ciência e apenas o respectivo auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata seguirá para livre distribuição.

Entende parcela da doutrina<sup>100</sup> que a não realização da audiência de custódia implica defeito insanável do ato jurídico, devendo ser revogada, por via de consequência, qualquer medida cautelar fixada pelo juiz, por não ser proporcionado ao detido em flagrante o exercício do direito ao contraditório.

---

<sup>100</sup> Nesse sentido, sustenta Caio Paiva (2015, 89) que “a não realização da audiência de custódia torna a prisão ilegal, ensejando, consequentemente o seu relaxamento, nos termos do art. 5º, LXV, da Constituição Federal. Trata-se de uma etapa procedimental de observância obrigatória para a legalidade da prisão.” Defende, ainda, Gustavo Badaró (2014) “a prisão em flagrante que for convertida em prisão preventiva, sem que seja observado o artigo 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos será ilegal e, como toda e qualquer prisão ilegal, deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, nos exatos termos do art. 5º, *caput*, inciso LXV, da Constituição. A realização da chamada audiência de custódia é etapa procedimental essencial para a legalidade da prisão. (...) A ilegalidade da prisão que não observe tal regra é evidente e a mesma deverá ser imediatamente relaxada.” Nesse mesmo norte intelectual, Eduardo Cani (2015), advoga que “se o Estado não realiza a audiência de custódia no prazo de 24h e o julgador fixa medida(s) cautelar(es), o ato processual não pode ser refeito, durante audiência de custódia designada posteriormente (...). Sendo a realização da audiência condição de possibilidade para análise do auto de prisão em flagrante e a fixação de medida cautelar, a homologação do ato e a fixação de medida sem a apresentação do preso causa defeito insanável.”

#### 4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: um prelúdio da desconstrução da cultura de torturar no Brasil por meio da superação da normalidade do desumano?

##### 4.1 A NORMALIDADE DO DESUMANO: BREVES CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA INTERFACE COM O CONCEITO ARENDTIANO DE BANALIDADE DO MAL

Em seu livro *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, Arendt<sup>101</sup> faz uma minuciosa análise do julgamento ocorrido em Jerusalém, em 1961, de Adolf Karl Eichmann, por conta dos crimes por ele praticados contra o povo judeu durante o regime nazista de Adolf Hitler.

Hannah Arendt descreve Adolf Eichmann, oficial alemão responsável pela logística do transporte de judeus para campos de concentração, como um homem que não admitia qualquer culpa no extermínio massivo de pessoas durante o Terceiro Reich. Adolf Eichmann não era um monstro, alguém com um espírito demoníaco e antissemita<sup>102</sup>.

Ela o identificou como um burocrata, um sujeito medíocre, que de certa forma renunciou a pensar nas consequências que os seus atos poderiam ter, mas, em contra partida, sempre amparado e restrito aos limites legalmente prescritos. (ARENDT, 1999, p. 109).

Para ele, então, na condição de réu, “tudo não passava de um golpe de azar, pois tinha sido um *bom cidadão*, porém num Estado assassino. Sorte teria, em sua lógica, um *bom cidadão* num Estado justo.” (ANDRADE, 2003).

Dizendo-se funcionário público exemplar, Eichmann cumpria à risca as ordens superiores, cuja legalidade estava assegurada pelo ordenamento jurídico do regime nazista. Não havia ilegalidade em sua conduta, defendia-se; pelo contrário, agia exatamente como determinava a lei (CAETANO, 2015).

Explicitando ainda mais, Andrade afirma que:

De fato, Eichmann era um cumpridor de seus deveres; não se corrompia nem desrespeitava as normas vigentes; cumpria com eficiência o seu dever: encaminhar de maneira eficiente milhares de judeus para a morte. Hannah Arendt, ao enfatizar

---

<sup>101</sup> Hannah Arendt (1906-1975) foi uma filósofa judia, de origem alemã, autora de vários livros onde desenvolveu diversos conceitos, dos quais se destaca o que chamou de “banalidade do mal”, ainda hoje polêmico e incompreendido. O conceito de “Banalidade do Mal”, aprofundado por Hannah Arendt no livro “Eichmann em Jerusalém”, trouxe-lhe as críticas da comunidade judaica e também a polêmica que ainda se mantém. Escreveu livros como *As origens do totalitarismo* (1951), *A condição humana* (1958), *Homens em tempos sombrios* (1968) e *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal* (1963) e é considerada uma das pessoas mais influentes do século 20.

<sup>102</sup> Ao contrário, ele é apresentado como um homem virtuoso, portanto a honra como lealdade e sua única falha foi obedecer cegamente ordens das autoridades superiores, amparadas, no entanto, pelas determinações normativas da legalidade da época (ARENDT, 1999, p. 121).

essas características do réu, procurava demonstrar a construção de uma personalidade condicionada e sem motivação aparente e, por isso mesmo, capaz das maiores barbaridades. Eichmann [...] realizou o exercício da livre escolha como se fosse um animal condicionado, não agiu espontaneamente ou tomou iniciativa, ele evitou a responsabilidade e não julgou. Ele agiu como se fosse condicionado (2003).

No seu julgamento, reportado pela filósofa alemã<sup>103</sup> no livro em referência, Eichmann enfatizava que não passava de um mero cumpridor de ordens e, como tal, jamais poderia ser punido por se desincumbir com eficiência das funções a ele acometidas pelo regime nazista.

Sua tarefa limitava-se, insistia ele, em seus muitos depoimentos, a organizar a identificação de pessoas, encontrar e providenciar rotas de trens; e que não tinha responsabilidade sobre o destino dos milhares de judeus transportados para os campos de extermínio (ARENDT, 1999, p. 299).

Note-se, nesse prisma, um conceito reducionista do Direito, que desconsiderava toda e qualquer valoração ético-moral em torno da conduta empreendida em sociedade, reduzindo-o ao conceito de lei, a qual, por sua vez, reduzia-se às ordens emanadas das autoridades superiores (LAFER, 2006, p. 178).

Arendt sustenta que como consequência da massificação da sociedade se criou uma multidão incapaz de fazer julgamentos morais, cumprindo ordens cegamente, sem questionar. Pela ausência do pensamento e pela falta de deliberada motivação para cometer o mal, este se torna banal (ARENDT, 1999, p. 13)<sup>104</sup>.

Hannah Arendt estava convencida de que o mal não tem raízes, não tem profundidade. O mal “é como um fungo, não tem raiz, nem semente” (Kohn, 2001, p. 14), mas espalha-se sobre uma superfície específica, a massa de cidadãos inaptos para a capacidade de pensar e incapazes de dar significado aos acontecimentos e aos próprios atos (Assy, 2001a, p. 152). Em *Eichmann em Jerusalém*, o mal não é radical, mas pode ser extremo; ele é superficial, ainda que suas consequências sejam incalculavelmente desastrosas e monstruosas (ANDRADE, 2003).

<sup>103</sup> Reitere-se, aqui, que Hannah Arendt acompanhou o julgamento como repórter do *The New Yorker* e que suas conclusões causaram mal-estar, principalmente na comunidade judaica, ao considerar o réu não como um ser maligno, mas um puro burocrata (LAFER, 2006, p. 172).

<sup>104</sup> Em suas próprias palavras: “Posso também imaginar muito bem que uma controvérsia autêntica poderia ter surgido do subtítulo do livro; pois quando falo da banalidade do mal, falo num nível estritamente factual, apontando um fenômeno que nos encarou de frente no julgamento. Eichmann não era nenhum lago, nenhum Macbeth e nada estaria mais distante de sua mente do que a determinação de Ricardo de “se provar um vilão”. A não ser por sua extraordinária aplicação em obter progressos pessoais, ele não tinha nenhuma motivação. Essa aplicação em si não era de forma alguma criminoso; ele certamente nunca teria matado seu superior para ficar com seu posto. Para falarmos em termos coloquiais, ele simplesmente nunca percebeu o que estava fazendo. Foi precisamente essa falta de imaginação que lhe permitiu sentar meses a fio na frente do judeu alemão que conduzia o interrogatório da polícia, abrindo seu coração para aquele homem e explicando insistentemente como ele conseguira chegar só à patente de tenente-coronel da ss e que não fora falha sua não ter sido promovido. Em princípio ele sabia muito bem do que se tratava, e em sua declaração final à corte, falou da “reavaliação de valores prescrita pelo governo [nazista]”. Ele não era burro. Foi pura irreflexão — algo de maneira nenhuma idêntico à burrice — que o predisps a se tornar um dos grandes criminosos desta época. E se isso é “banal” e até engraçado, se nem com a maior boa vontade do mundo se pode extrair qualquer profundidade diabólica ou demoníaca de Eichmann, isso está longe de se chamar lugar-comum.” (ARENDT, 1999, p. 12-13).

A expressão banalidade do mal foi cunhada por Hannah Arendt como um neologismo de significação incerta<sup>105</sup>, particularidade que, no entanto, “não diminui o valor do conceito, mas o ressalta na sua fecundidade.” (SOUKI, 1998, p. 105).

Os acontecimentos fenomenológicos que contemplam a noção de banalidade do mal por Arendt podem se dar em qualquer outro local, pois o mal que parece distante, quando desvinculado da reflexão, é um fato corrente, iminente e imperceptível (SCHIO, 2012, p. 71).

A perspectiva aqui adotada, no entanto, é de uma aproximação conceitual da banalidade do mal dentro da realidade do sistema penal brasileiro que, inúmeras vezes, admite e tolera a prática da tortura e tratamentos cruéis e degradantes como instrumento de violação dos direitos humanos fundamentais dos detidos provisória ou definitivamente.

A integridade física e moral dos detentos está alçada ao patamar de direito fundamental intrínseco à dignidade do humano, circunscrita em um rol de determinações constitucionais dotadas de fundamentalidade. Inobstante a existência desse rol mínimo essencial, o Estado brasileiro (com a aquiescência tácita e até explícita da sociedade, em muitos casos), não vem cumprindo os ditames constitucionais e convencionais livre e soberanamente aceitos.

Far-se-á, portanto, uma releitura da concepção da filósofa alemã para as circunstâncias factuais constatadas na sociedade brasileira, tomando-se como prisma de leitura a conduta (estatal e social) de tolerar – o que implica na ausência de controle e responsabilização, a histórica prática da tortura no Brasil.

A centralidade dos direitos humanos torna inaceitável o estado de violação desses mesmos direitos, convenientemente justificado com base em argumentos condizente à falta de logística e recursos financeiros que possibilitem oferecer condições de tratamento dignas ao preso em flagrante delito.

A ausência de regras mínimas de tratamento (já estabelecidas nos tratados de direitos humanos internacionais) que preservem a dignidade da pessoa detida em flagrante delito – e em todo sistema prisional, protegendo-se, universalmente, os seus direitos fundamentais, resulta em uma normalidade do desumano: em uma tolerância do intolerável da indignidade humana.

---

<sup>105</sup> Lançando mão dos conceitos de *superficialidade* e a *superfluidade*, características que Arendt aponta para a sociedade de massas, Andrade (2003) propõe uma explicação de como o mal se torna banal, ensinando que “o mal se torna banal porque os seus agentes são superficiais e suas vítimas são consideradas supérfluas. Quanto mais superficial alguém for, mais provável será que ele ceda ao mal. Uma indicação de tal superficialidade é o uso de clichês, e Eichmann era um exemplo perfeito (Assy, 2001a, p. 145). Quanto à superfluidade da vida humana, Arendt (1989, p. 510) afirma que este tem sido um fenômeno decorrente do sentido extremamente utilitário das sociedades de massa.”

A normalidade do desumano é refletida na conduta desumana empreendida pelos órgãos de persecução penal e, ainda, pelo fato de tais condições serem irrefletidamente aceitas como algo implícito e necessário no combate ao crime.

O discurso oficial (científico, político, jurídico, filosófico, acadêmico...) considera o sistema penal como um sistema racional, concebido, criado e controlado pelo homem, no qual cada instituição – a polícia, os juízes, a administração penitenciária, atua com a finalidade de eliminar os elementos antissociais que perturbam sua evolução normal (HULSMAN, 1997, p. 58).

Nada mais abstrato e enganoso segundo Hulsman, o qual defende que:

Na realidade cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada uma das pessoas que intervém no funcionamento da máquina penal desempenha seu papel sem ter que se preocupar com o que se passou antes ou com o que se passará depois. Não há uma correspondência rigorosa entre o que um determinado legislador pretende num momento dado – o que ele procura colocar na lei, no Código Penal, e as diferenças práticas das instituições e dos homens que as fazem funcionar. Tais instituições não tem nada em comum a não ser uma referência genérica à lei penal e à cosmologia repressiva, liame excessivamente vago para garantir uma ação conjunta e harmônica. Tais instituições estão, de fato, compartimentalizadas, em estruturas independentes, encerradas em mentalidades voltadas para si mesmas (1997, p. 59).

Enquanto cada instituição do aparato penal ver a si mesma como o centro e finalidade do sistema de justiça, enquanto for preponderante o “dever ser” ao invés do “ser” (humano), enquanto perdurarem as disfuncionalidades institucionais – como o agigantamento do Judiciário em detrimento dos outros Poderes, o discurso da racionalidade do sistema de justiça penal atual será uma verdadeira falácia<sup>106</sup>.

Cada instituição desenvolve, desse modo, critérios de ação, ideologias e cultura próprias e com certa frequência entram em conflito, em luta declarada uns com os outros. Inobstante tal constatação, são vistos como um conjunto, “prestando justiça”, combatendo a “criminalidade” quando, em verdade, o sistema penal estatal tem como finalidade maior atenuar suas dificuldades e limitações, crescer, encontrar um equilíbrio, velar pelo bem-estar de seus membros, assegurando, assim, sua própria sobrevivência. Desse modo, “o processo de

<sup>106</sup>Com propriedade, Caetano Haroldo (2015), assim se manifesta: “Naturalizada nas rotinas criminais, desde o inquérito policial até o último dos recursos possíveis nos tribunais superiores, a realidade caótica do cárcere não é algo que chega a ser levado em consideração no curso desse processo. Para a imposição da norma penal (a pena de prisão) não há obstáculos. E o sistema de justiça criminal funciona assim, com policiais que investigam, promotores que denunciam e juízes que julgam. Cada qual cumprindo sua missão, a ordem emanada da lei. Já o resultado de horror do cárcere, que surge do conjunto de esforços de tantos funcionários públicos exemplares, não se vincula à ação de ninguém. É como se o cárcere fosse não a soma de ações de tantas agências do Estado, mas produto do sistema a que essas mesmas agências servem. E o sistema é visto como um ente à parte, distinto das agências que o integram. Daí, o conceito de banalidade do mal, tomado emprestado de Hannah Arendt, pode ser identificado nesse sistema, uma vez que agentes públicos cumpridores de suas obrigações legais (policiais, promotores, juízes) não se percebem como responsáveis pelo que essas condutas, somadas, produzem na realidade. E a realidade, repita-se, é aquela denunciada por tantos que militam na defesa de direitos humanos no campo das prisões e que tem um bom retrato no documentário já referido.”

burocratização e profissionalização, que transpassa o sistema penal, faz dele um mecanismo sem alma” (HULSMAN, 1997, p. 59-60).

Portanto, no que diz ao aspecto da normalidade, o enfoque aqui dado se afasta do posicionamento defendido por Arendt<sup>107</sup> (já que banalidade não é normalidade), aproximando-se quanto ao desumano, a atitude de desprezo e de não optar política e finalisticamente pelos direitos humanos fundamentais.

Isso porque inobstante a vasta normatização em âmbito internacional, o estado de coisas institucional vivenciado em solo tupiniquins se agiganta (diariamente) diante da desumanidade que aqui é operada (e perpetuada), selecionando, excluindo e criminalizando os grupos socialmente mais vulneráveis.

#### **4.2 A TORTURA EM *TERRA BRASILIS*: O DIREITO A NÃO TER DIREITOS**

Na perspectiva dos direitos humanos fundamentais, questiona-se a legitimidade do sistema penal e, mais especificamente, do sistema carcerário. Este é um não-lugar de direitos, em especial de direitos humanos. Um espaço de anomia dentro do estado democrático de direito e uma esfera de permanente e reiterada violação de direitos humanos.

As prisões arbitrárias, ilegais e desnecessárias e o aumento da população carcerária servem como fator de legitimação para a efetivação rigorosa do procedimento das audiências de custódia no Brasil. A contenção do poder punitivo do Estado é missão primária do direito penal e processual penal e de seus respectivos institutos.

O encarceramento em massa em nosso país priva os encarcerados de fato (ainda que não de direito) de direitos mínimos, marginalizando-os a indignidade e ao esquecimento. Um lugar de condição de vulnerabilidade. Não são sujeitos de direitos, mas meros objetos, “exemplos” de punição para a sociedade.

A política criminal seletiva e punitiva adotada com mãos de ferro em nosso país autoriza um totalitarismo moderno, pautado na (des)necessidade. Nesse viés, mesmo uma

---

<sup>107</sup> Andrade (2003), explica que “banalidade não quer significar algo sem importância, tampouco algo que possa ser assumido como normal. Em sua resposta a Sholem, Hannah Arendt afirma que banalidade não significa uma bagatela nem uma coisa que se produza frequentemente (SOUKI, 1998, p. 103). Arendt distingue *banal* de *lugar-comum* (Assy, 2001a, p. 143). Lugar-comum diz respeito a um fenômeno que é comum, trivial, cotidiano, que acontece com frequência, com constância, com regularidade. *Banal*, por sua vez, não pressupõe algo que seja comum, mas algo que esteja ocupando o espaço do que é comum. Um ato mau torna-se banal não por ser comum, mas por ser vivenciado *como se fosse* algo comum. A banalidade não é normalidade, mas passa-se por ela, ocupa indevidamente o lugar da normalidade. O mal por si nunca é trivial, embora ele possa se manifestar de tal maneira que passe a ocupar o lugar daquilo que é comum” (ASSY, 2001a, p. 144).”

medida flagrantemente inconstitucional – como a prisão preventiva de um senador<sup>108</sup>, pode ser perfeita e juridicamente racionalizada para justificar uma ditadura “constitucional”.

Vivenciamos o paradigma da institucionalização da violência. Estatizamos e oficializamos a agressão. E como se formam os paradigmas? Uma história singela esclarece:

Um grupo de cientistas colocou cinco macacos numa jaula. No meio, uma escada, e sobre ela, um cacho de bananas. Quando um macaco subia na escada para pegar as bananas, um jato de água gelada era disparado sobre os que estavam no chão. Depois de certo tempo, quando um macaco ia subir a escada, os outros o impediam e o enchiam de pancada. Algum tempo depois, nenhum macaco subia mais a escada, apesar da tentação das bananas. Então os cientistas substituíram um dos macacos por um novo. A primeira coisa que ele fez foi subir a escada, dela sendo retirado pelos outros, que o surraram. Depois de algumas surras, o novo integrante do grupo não subia mais a escada. Um segundo macaco veterano foi substituído e o mesmo ocorreu, tendo o primeiro substituto participado com entusiasmo na surra ao novato. Um terceiro foi trocado e o mesmo ocorreu. Um quarto e, finalmente, o último dos veteranos foi substituído. Os cientistas então ficaram com um grupo de cinco macacos que, mesmo nunca tendo recebido um banho gelado, continuavam batendo naquele que tentasse pegar as bananas (CHIOCCA, 2010).

Quando algo não é mais pensado e repensado, questionado e posto em crise, é idolatrado. O paradigma punitivo foi erigido a ídolo na sociedade hodierna. Os números não mentem, a matemática não tem sentimentos: depois da redemocratização de nosso país, o número de mortes contabilizados por parte de nossa polícia é maior que o do regime militar, o que põe em xeque a legitimidade de nossa ordem democrática (RELATÓRIO HUMAN RIGHTS WATCH, 2014).

A frieza dos dados estatísticos é aviltante:

Muitas prisões e cadeias brasileiras enfrentam grave superlotação e violência. A taxa de encarceramento do país subiu quase 30% nos últimos cinco anos, de acordo com o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) do Ministério da Justiça. A população carcerária adulta atual é superior a meio milhão de pessoas — 43% além da capacidade do sistema prisional. Ademais, 20.000 adolescentes cumprem medidas que implicam privação de liberdade. Os atrasos no sistema de justiça contribuem para a superlotação. Quase 200.000 presos aguardam julgamento. No Estado do Piauí, 66% dos presos custodiados no sistema penitenciário são presos provisórios, a maior taxa do país (RELATÓRIO HUMAN RIGHTS WATCH, 2014).

Toleramos e institucionalizamos a violência contra o “outro”, especialmente se esse “outro” for negro, pobre, mulher e adolescente. E o pior: punimos por repetição, sem qualquer questionamento do que justifica e legitima a retribuição. Mecanizamos a punição. O paradigma retributivo foi sacralizado e beatificado.

<sup>108</sup> Fernando Hideo I. Lacerda leciona com precisão: “A prisão cautelar do senador Delcídio do Amaral representa o descortinar de um Estado de exceção, verdadeira antítese do Estado de direito, a partir da materialização de um processo penal no qual os direitos e garantias fundamentais de um grupo são explicitamente violados e a separação das funções do poder é colocada em xeque.” (LACERDA, 2016.)



Nessa linha de intelecção, tamanha massa carcerária pode ser facilmente inserida no conceito de *homo sacer*<sup>109</sup> brasileiro e a situação em que ela se encontra como um estado de exceção, por excelência, como bem abordou Giorgio Agamben<sup>110</sup>.

Para Agamben (2008, p. 13), o estado de exceção é a institucionalidade da anormalidade. Com efeito, o conceito de estado de exceção tem origem jurídica bem definida e aponta para um fenômeno social muito específico: a suspensão do Estado de Direito mediante o próprio direito. A ideia geral da exceção é que é preciso suspender a constituição em momentos de crise, como medida extrema e excepcional para salvaguardar a própria Carta Magna.

Sumariando, e atendendo aos interesses propostos neste trabalho, o pensamento de Agamben pode ser assim proferido: o estado de exceção que deveria ter uma natureza provisória, ser exceção por excelência, tem-se tornado a regra, instalando-se como estado permanente, como um novo paradigma de governo. A possibilidade, permitida constitucionalmente, de momentos de suspensão do direito, abre precedente para instalação do estado de exceção.

É nesse estado de exceção permanente em que os encarcerados, na qualidade de *homo sacer*, estão fadados a uma não-cidadania, ao limbo existencial, ao ostracismo social, desprovidos da experiência da democracia e da dignidade.

Maíra Miranda Fattoelli faz essa constatação com singeleza:

Diante da ausência do direito positivo nos liames do cárcere, compreendemos que este deixa de ser um simples espaço de reclusão e, na medida em que passa a ser regido por uma norma própria, constituída nas vias de fato, insere-se no conceito de estado de exceção desenvolvido por Giorgio Agamben. De acordo com o autor, no estado de exceção a norma jurídica encontra-se suspensa, por decisão do soberano, para que o ordenamento jurídico seja resguardado. Trata-se de uma exclusão, atestada para que a integridade da norma positiva não venha a ser abalada. Assim, no estado de exceção encontramos a vigência da norma jurídica por meio da determinação de sua não incidência. Embora o autor utilize o campo de concentração como o *locus* da exceção, o cárcere, ao se apresentar como o local por excelência de violações de direitos humanos, de negação de garantias fundamentais e da criação de uma normativa de fato - baseada na violência e na incompatibilidade com o ordenamento jurídico -, que rege as relações intramuros, parece

<sup>109</sup> *Homo sacer* é uma figura obscura da lei romana: uma pessoa que é excluída de todos os direitos civis, enquanto a sua vida é considerada "santa" em um sentido negativo. O indivíduo pode também ser morto por qualquer um - mas não em rituais religiosos. A figura do *homo sacer* apresenta similaridade com o personagem Caim, da mitologia judaico-cristã. A configuração do *homo sacer* como expressão do novo modelo de um direito penal punitivo, é aqui apresentado nos contornos dados pelo cientista político e filósofo Giorgio Agamben. (Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre).

<sup>110</sup> Giorgio Agamben (Roma, 22 de abril de 1942) é um filósofo italiano, autor de obras que percorrem temas que vão da estética à política. Seus trabalhos mais conhecidos incluem sua investigação sobre os conceitos de *estado de exceção* e *homo sacer*. (Wikipédia, a enciclopédia livre.)

inquestionável que o nosso sistema penitenciário também figure como um bolsão de exceção (FATTOELLI, 2014)

Com efeito, a maldade do sistema, velada e institucionalizada, se volta contra aqueles que, na maioria dos casos, já nascem desprovidos de um mínimo de dignidade, deslocados para uma zona de indignidade e vulnerabilidade.

A proibição da tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes é reconhecida como absoluta, e não pode ser invocada nenhuma circunstância especial para justificar seu descumprimento, como situações de guerra, estado de sítio, emergência pública ou outros tipos de ameaça à segurança do Estado (RELATÓRIO DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014).

A proibição da tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes é considerada uma norma imperativa do Direito Internacional (ou norma de *jus cogens*). Isso significa que, diante da gravidade de tais condutas, mesmo os Estados que não estejam vinculados aos tratados sobre a matéria devem respeitar essa proibição (RCNV, 2014).

#### **4.3 A NATURALIZAÇÃO DA TORTURA: A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A NORMALIDADE DO DESUMANO**

Esse panorama de violação reiterada dos direitos fundamentais do cidadão, desde o momento em que é detido em flagrante até a fase de execução da pena lhe imposta concretamente, legitima a implantação das audiências de custódia em todo o país.

O fato é que a falta de formalização das prisões, com a consequente subtração do controle judicial, está umbilicalmente vinculada à prática da tortura, desaparecimentos forçados e inimagináveis violações dos direitos humanos (RCNV, 2014).

O princípio da prisão como *última ratio* não é observado, dando-se oportunidade a inúmeras detenções ilegais e arbitrárias, com amplo desrespeito à garantia constitucional de preservação da vida e da integridade física e psíquica do preso.

Nessa lógica de exclusão social e de ministrar tratamentos desumanos e cruéis aos alcançados pelo sistema penal, a tortura representa, sem dúvida, significativo instrumento de empoderamento do sistema e (re)legitimação do poder punitivo estatal.

Inegável que a tortura continua sendo um problema grave no Brasil, apesar de medidas adotadas recentemente para combatê-la. Tanto é assim que relatório da *Human Rights Watch*

(2014) apontou que casos registrados em quatro anos, de 2010 a 2014, têm fortes indícios de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante.

As violações em foco ocorrem, em regra, durante as primeiras 24 horas da prisão, e que a impunidade é a regra em casos de tortura ou tratamento cruel, desumano e degradante por policiais, agentes penitenciários e agentes do sistema socioeducativo.

No relatório em comento, a *Human Rights Watch* (2014) apresentou nove casos emblemáticos de tortura ou de tratamento cruel, desumano e degradante ocorridos no Brasil entre 2010 e 2014. A seguir, os mencionados casos:

1. Policiais militares prenderam I.J., K.L., e M.N. em maio de 2012 e os levaram ao 58º Batalhão da Polícia Militar de Salvador, no Estado da Bahia. Os suspeitos depuseram em juízo que os policiais os haviam espancado e estrangulado para forçá-los a confessar a posse de drogas e armas de fogo, alegações corroboradas por exames de corpo de delito que mostram diversas lesões em seus rostos, joelhos, cotovelos e peitos no dia de sua prisão.

2. Policiais civis prenderam R.F. em junho de 2012 e o conduziram para a 11ª Delegacia de Polícia. Em depoimento prestado à Corregedoria da Polícia Civil do Estado de São Paulo, R.F. relatou que os policiais o levaram para uma sala no segundo andar da delegacia, onde um deles chutou e desferiu tapas e choques elétricos nos seus braços e pernas para forçá-lo a confessar um furto de máquinas da agência de banco onde trabalhava. Esse relato foi corroborado por um exame de corpo de delito de R.F. realizado na noite dos supostos abusos e por uma testemunha entrevistada pela Human Rights Watch.

3. Em janeiro de 2013, agentes penitenciários obrigaram 52 detentos do Presídio de Vila Velha III, localizado no Estado do Espírito Santo, a se sentarem nus em pisos escaldantes, em retaliação a um protesto por falta de água no presídio. A Human Rights Watch analisou documentos oficiais, fotografias e depoimentos que indicam que vários detentos sofreram queimaduras graves nas nádegas. Um detento relatou à polícia civil que, ao se queixarem das queimaduras, alguns presos foram agredidos e atingidos por spray de pimenta. As autoridades prisionais também suspenderam visitas aos detentos por oito dias após o incidente.

4. No primeiro semestre de 2013, sete policiais do 1º Batalhão da Tropa de Choque de São Paulo, Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar (ROTA), detiveram o jovem de 17 anos Z.Z. em sua residência e o levaram para uma delegacia. Após ser liberado por falta de provas, Z.Z. voltou para a delegacia e relatou que os policiais da ROTA o haviam espancado e aplicado choques elétricos em sua barriga por mais de 30 minutos em sua residência, enquanto perguntavam se ele era “um tal de Zabo”. Os policiais teriam ameaçado que “não esqueceriam [dele] e voltariam para queimá-lo” se ele denunciasse os abusos. Em depoimento formal à Polícia Civil, um vizinho de Z.Z. afirmou que “ouviu gemidos e gritos de Z.Z. pedindo para os policiais pararem de bater nele”, e logo em seguida viu os policiais o arrastarem até uma viatura policial com o rosto e a barriga inchados e vermelhos.

5. Quatro jovens com idades entre 22 e 25 anos foram presos em 27 de junho de 2013 depois de supostamente confessarem o estupro e o homicídio de uma menina de 14 anos na região metropolitana de Curitiba, no Estado do Paraná. No entanto, os jovens relataram à Ordem dos Advogados do Brasil (Seção do Paraná), que policiais os levaram a diferentes delegacias onde foram espancados e sufocados, além de receberem choques elétricos, para confessar o crime. Uma semana depois, peritos concluíram que o sêmen encontrado na vítima não correspondia com o DNA dos quatro acusados. Após cobertura extensiva do caso pela mídia nacional, o Grupo de

Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado do Ministério Público Estadual denunciou 19 policiais e outros agentes pelo crime de tortura contra os suspeitos.

6. Em julho de 2013, Amarildo Dias de Souza (“Amarildo”) desapareceu após ter sido detido por policiais militares na comunidade da Rocinha na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro. Os policiais afirmaram que soltaram Amarildo e que ele havia deixado a Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) da Rocinha a pé. Porém, de acordo com um delegado que apurou o caso, as filmagens das câmeras de segurança do local somente registraram a saída de viaturas policiais. Em outubro de 2013, promotores estaduais ofereceram denúncia criminal contra 25 policiais pela tortura de Amarildo com choques elétricos, asfixia e afogamento com o intuito de forçá-lo a revelar o local onde traficantes de drogas teriam escondido armas de fogo e drogas.

7. Na véspera da prisão de Amarildo, policiais militares levaram o jovem X.Z., de 16 anos, ao Centro de Comando e Controle da Rocinha e o ameaçaram com violência sexual, colocaram sua cabeça dentro de um vaso sanitário cheio de fezes e o forçaram a ingerir cera líquida para que revelasse os nomes de traficantes de drogas, conforme relataram os pais do jovem à Human Rights Watch e ao Ministério Público do Rio em novembro de 2013. Promotores estaduais também denunciaram a tortura do jovem C.D., de 15 anos, que teria sido levado ao mesmo Centro de Comando e Controle em maio de 2013, sufocado com um saco plástico e ameaçado de estupro e morte se ele não revelasse o esconderijo de drogas e armas de traficantes locais.

8. E.F. e G.H., ambos com 17 anos, foram presos em agosto de 2013 por suposto envolvimento com o tráfico de drogas no município de Caieiras, interior de São Paulo. Um vídeo divulgado pela imprensa em outubro mostra vários policiais agredindo E.F. e G.H., perguntando-lhes, “cadê o patrão?” e ameaçando-os, “não chora porque você é homem! Homem não chora”. E.F. declarou que os policiais também o sufocaram com um saco plástico e ameaçaram matá-lo se ele não delatasse os traficantes em Caieiras, segundo o defensor de direitos humanos Ariel de Castro Alves, que entrevistou os jovens logo após sua detenção. O repórter da Ponte, André Caramante, então na Folha de S. Paulo, denunciou o caso.

9. Em agosto de 2013, imagens das câmeras de segurança da unidade da Vila Maria da Fundação Casa em São Paulo, que vazaram para a imprensa, mostraram funcionários da unidade espancando seis jovens após uma tentativa de fuga em maio de 2013. Dois funcionários podem ser vistos chutando e batendo nos adolescentes com seus punhos e cotovelos, enquanto os jovens se encolhem contra uma parede em roupas íntimas, com as mãos para trás. O diretor da unidade e três outros funcionários supostamente envolvidos no episódio foram afastados de seus postos.

Nota-se, claramente, que em sete das ocorrências analisadas, caso os detidos devessem ser obrigatoriamente conduzidos a um juiz, em até 24 horas, para avaliação da legalidade e oportunidade da prisão, os maus-tratos poderiam ser evitados ou, no mínimo, os seus autores devidamente responsabilizados.

Nesse cenário, a audiência judicial de custódia cumpre um papel de relevo no combate ao tratamento desumano, cruel e degradante empregado aos presos em flagrante, geralmente empreendido quando se quer obter uma confissão ilícita.

Advirta-se, nessa ordem de ideias, no entanto, que a audiência judicial de garantia não vai humanizar todo o processo penal e nem mesmo extirpar, de uma vez por todas, a hedionda

e histórica prática de torturar os detidos da realidade brasileira. Mencione-se, nesse prisma, que o levantamento mais recente sobre relatos de violência nas audiências de custódia registrou mais de 5 mil casos até junho de 2016, ou 5,32% do total de audiências realizadas<sup>111</sup>.

Ou seja, subsiste, ainda, essa prática medieval nas rotinas das prisões em flagrante em todo o país<sup>112</sup>, mas, sem sombras de dúvidas, a implementação das audiências de custódia no Brasil representa um marco no processo civilizatório do sistema penal. Representa a salvaguarda das garantias do cidadão em face do Estado Policial. Funciona, desse modo, como um filtro humanitário e cumpre uma função utilitarista preventiva no que se refere à salvaguarda da integridade física e moral do detido em flagrante.

Os números evidenciam, por assim dizer, a normalidade do desumano, a desumanização e a coisificação do homem por esse mecanismo sem alma (HULSMAN, 1997, p. 59-60), a tolerância do intolerável da indignidade humana.

Ainda segundo relatório do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (CNJ, 2014), denominado “Julgando a tortura: análise da jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil”, o qual examinou 455 acórdãos proferidos por tribunais de justiça entre 2005 e 2010, envolvendo 800 vítimas, constatou-se um aumento gradual de casos ao longo desse período.

Figura 01: Julgando a tortura: análise jurisprudencial



Fonte: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Mencione-se, ainda, por oportuno, que não estão incluídas na supracitada análise as infrações penais (leia-se: tortura e congêneres) desconhecidas “oficialmente” – a denominada

111 Nesse sentido, notícia veiculada no site oficial do Conselho Nacional de Justiça – CNJ: (...) A regulamentação das audiências de custódia apresentou um protocolo exclusivo para o enfrentamento à tortura. Segundo especialistas, embora o texto esteja alinhado a normas internacionais e domésticas, a aplicação desse método ainda é um desafio. Depois de classificar a metodologia do CNJ como a “mais importante reforma recente do sistema de justiça criminal”, o coordenador-geral de Alternativas Penais do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), Victor Pimenta, afirmou que os resultados no combate à tortura já são expressivos para o conhecimento de dados e estatísticas – **levantamento mais recente sobre relatos de violência nas audiências de custódia registrou mais de 7.250 mil casos até outubro de 2016, ou 4,73% do total de audiências realizadas.** (CNJ, 2016) [destacado]

112 Vide o Anexo A.

cifra negra, que, sem dúvida, representam um quantitativo significativo em relação aos crimes que efetivamente ocorreram.

#### **4.4 A (SIMBÓLICA) CONTRIBUIÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: LIDANDO COM O PROBLEMA NA PORTA DE ENTRADA DO SISTEMA**

É nesse cenário de horror que as audiências de custódia representam um importante instrumento para detectar, prevenir e combater casos de tortura, bem como conhecer e mapear esse tipo de crime no Brasil, o que representa, ao menos simbolicamente (e até certo ponto), uma desconstrução da cultura de torturar ou submeter os detidos a tratamentos desumanos e cruéis.

O fim da naturalização da violência no ato da prisão, o questionamento sobre tortura como regra nas audiências com presos, a eliminação da presença de policiais<sup>113</sup> durante esse questionamento e o pressuposto de que as pessoas presas já estão em situação de vulnerabilidade e devem se sentir seguras quando ouvidas, representam elementos essenciais da audiência judicial de garantia aptos a combater a tortura no país.

O tratamento (medieval e inquisitorial) ministrado aos detentos, seja preventiva seja em sede de execução penal, em confronto com a lei penal, pelo sistema punitivo formal, configura um verdadeiro estado de exceção e em uma expressão da normalidade do desumano.

Nesse compasso, a audiência de custódia impulsiona um novo modelo de justiça e de humanização do tratamento penal, fazendo resistência a esse câncer sistêmico, que encerra os desvalidos *homo sacer* em um totalitário estado de exceção e os priva do direito de ter direitos.

Imbuída, portanto, da missão embrionária de preservar a integridade física e moral do preso, a audiência de custódia se apresenta como um mecanismo eficiente de combate das reiteras violações dos direitos humanos fundamentais.

Os números não negam: em um pouco mais de um ano<sup>114</sup> o impacto das audiências de custódia em todo o país é revelador, destacando-se, dentre outros, a real aplicabilidade desse

---

<sup>113</sup> Comentando sobre essa necessidade, como medida de resguardar a alegação de tortura e maus-tratos, Caio Paiva (2016), assem preleciona: “no caso de o cidadão afirmar ter sido vítima de agressão, é requerer ao juiz que a audiência de custódia seja realizada sem a presença dos policiais responsáveis pela condução do preso, fator que pode contribuir para a diminuição do receio de relatar o caso, agindo diretamente, portanto, contra uma das principais causas da impunidade da tortura no Brasil: a subnotificação. Para garantir a segurança do ambiente, se necessário, o juiz pode requisitar a segurança do próprio fórum.”

<sup>114</sup> O período máximo analisado foi de 24/02/2015 a 31/11/2016. Os dados constantes da tabela foram retirados do site do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

instrumento processual como meio de detectar, prevenir e combater qualquer tipo de tratamento desumano e degradante ministrado ao preso em flagrante delito.

À guisa de demonstração:

Quadro I: Audiência de custódia em números

<b>ESTADO</b>	<b>Número total de audiências de custódia realizadas</b>	<b>Decretação da prisão preventiva</b>	<b>Liberdade provisória</b>	<b>Alegação de violência no ato de prisão</b>	<b>Encaminhamento para o serviço social</b>
<b>ACRE</b>	1.684	809 (48.04%)	875 (51.96%)	41 (2%)	35 (2.08%)
<b>ALAGOAS<sup>115</sup></b>	99	21 (21.21%)	78 (78.79%)	Não informado	Não informado
<b>AMAPÁ</b>	2.439	1.019 (41.78%)	1.420 (58.22%)	Não informado	89 (3.65%)
<b>AMAZONAS</b>	2.016	1.113 (55.21%)	903 (44.79%)	796 (39%)	168 (8.33%)
<b>BAHIA</b>	3.605	1.333 (36.98%)	2.272 (63.02%)	44 (1%)	109 (3.02%)
<b>CEARÁ</b>	7.206	4.090 (55.76%)	3.116 (43.24%)	426 (6%)	Não informado
<b>DF</b>	10.031	4.757 (47.42%)	5.274 (52.58%)	294 (3%)	69 (0.69%)
<b>ESPIRITO SANTO</b>	10.466	5.643 (53.92%)	4.823 (46.08%)	480 (5%)	4.680 (44.72%)
<b>GOIÁS</b>	5.652	3.352 (59.31%)	2.300 (40.69%)	554 (10%)	1.299 (22.98%)
<b>MARANHÃO</b>	2.860	1.456 (50.91%)	1.404 (49.09%)	73 (3%)	13 (0.45%)
<b>MATO GROSSO</b>	3.967	1.809 (45.6%)	2.158 (54.4%)	608 (15%)	1.453 (36.88%)
<b>MATO GROSSO DO SUL</b>	8.483	4.320 (50.93%)	4.163 (49.07%)	0 (0%)	274 (3.23%)
<b>MINAS GERAIS</b>	12.560	6.710 (53.42%)	5.850	9 (0%)	2.198 (17.5%)

<sup>115</sup> Os dados referentes ao Estado de Alagoas estão atualizados apenas até 24/11/2015.

			(46.58%)		
<b>PARÁ</b>	4.899	2.597 (53.01%)	2.302 (46.99%)	342 (7%)	347 (7.08%)
<b>PARAIBA</b>	3.131	1.465 (46.79%)	1.666 (53.21%)	22 (1%)	6 (0.19%)
<b>PARANÁ</b>	11.518	6.386 (55.44%)	5.132 (44.56%)	189 (2%)	110 (0.96%)
<b>PERNAMBUCO</b>	4.536	2.749 (60.6%)	1.787 (39.4%)	58 (1%)	9 (0.2%)
<b>PIAUÍ</b>	1.652	948 (57.38%)	704 (42.62%)	83 (5%)	388 (23.49%)
<b>RIO DE JANEIRO</b>	6.436	3.837 (59.62%)	2.599 (40.38%)	110 (2%)	3.049 (47.39%)
<b>RIO GRANDE DO NORTE</b>	2.084	1.051 (50.43%)	1.033 (49.57%)	38 (2%)	20 (0.96%)
<b>RIO GRANDE DO SUL</b>	4.497	3.804 (84.59%)	693 (15.41%)	318 (7%)	15 (0.33%)
<b>RONDÔNIA</b>	3.770	2.178 (57.77%)	1.592 (42.23%)	230 (6%)	188 (4.99%)
<b>RORAIMA</b>	1.187	561 (47.26%)	626 (52.74%)	24 (2%)	51 (4.3%)
<b>SANTA CATARINA</b>	2.557	1.279 (50.02%)	1.278 (49.98%)	234 (9%)	132 (5.16%)
<b>SÃO PAULO</b>	31.474	16.499 (52.42%)	14.975 (47.58%)	2.199 (7%)	2.379 (7.56%)
<b>SERGIPE</b>	3.874	2.366 (61.07%)	1.508 (38.93%)	56 (1%)	6 (0.15%)
<b>TOCANTINS</b>	720	424 (58.89%)	296 (41.11%)	22 (3%)	5 (0.69%)

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Reitere-se: a mudança aqui advogada se dará paulatinamente e em longo prazo e seus benefícios não se apresentarão imediatamente. No entanto, em que pese essa constatação circunstancial, os números ora informados são deveras animadores.



Nesse cenário, aliás, o Judiciário ganha destaque significativo, visto que o rompimento da fronteira do papel transforma o magistrado em protagonista da prevenção da tortura (CNJ, 2016)<sup>116</sup>.

A cultura da tortura instalou-se no Brasil como prática histórica, mas esse cenário pode ser substancialmente alterado a partir da sensibilização e do engajamento de magistrados, especialmente quando unidos com atores preocupados com a mesma temática.

Com efeito, ao tratar da audiência de custódia o foco deve repousar, especificamente, na pessoa detida em flagrante, tendo como premissa maior a salvaguarda de seus direitos e garantias fundamentais, e, de igual modo, e não menos importante, a imprescindibilidade de uma articulação conjunta<sup>117</sup> dos diversos Poderes – Executivo, em nível municipal, estadual e federal, Legislativo e Judiciário, e do sistema de justiça criminal como um todo (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015).

Ademais, a prevenção da tortura (tratamentos cruéis e degradantes) como fim pragmático da audiência de custódia foi devidamente ressaltada pela Comissão Nacional da Verdade, cujo relatório final recomendou expressamente a:

Criação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro para garantia da apresentação pessoal do preso à autoridade judiciária em até 24h após o ato da prisão em flagrante, em consonância com o artigo 7º da CADH, à qual o Brasil se vinculou em 1992 (RELATÓRIO DA COMISSÃO DA VERDADE, 2014).

Vista como principal política criminal da atual gestão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), as audiências de custódia já evitaram a prisão desnecessária de mais de 45 mil pessoas que, segundo a legislação brasileira, não precisavam aguardar o julgamento no cárcere (CNJ, 2016).

---

<sup>116</sup> O supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conselheiro Bruno Ronchetti, disse que a implementação das audiências de custódia, difundidas em todo o país pelo CNJ, tornam os juízes protagonistas da prevenção e do combate à tortura. Para o magistrado, que participou da abertura do 2º Seminário sobre Tortura e Violência no Sistema Prisional e no Sistema de Cumprimento de Medidas Socioeducativas – Atuação do Poder Judiciário no Enfrentamento à Tortura, em Brasília, o contato pessoal do juiz com a pessoa presa no prazo máximo de 24 horas permite que os juízes atuem de forma “séria e enérgica” para aferir se há indícios de que o preso foi submetido a algum tipo de tortura pelos agentes de polícia. (CNJ, 2016).

<sup>117</sup> Esta perspectiva visa, a partir da experiência das audiências de custódia, problematizar a tradição verticalizada e hierárquica do sistema de justiça criminal, apostando na articulação horizontal entre os poderes e destes com entidades da sociedade civil e com a comunidade que integra, dando conteúdo renovado ao que se pretende para a independência dos poderes; assim como entende fundamental garantir a livre convicção dos magistrados, assegurando-lhes uma posição autônoma para decidir diante das situações pessoais específicas que chegam às audiências de custódia, principalmente frente a pressões midiáticas ou populistas que cobram do direito penal uma função paradoxal genérica de construir paz social à base de controle, força física e simbólica e privações das mais diversas, que ele não é capaz de cumprir, superando-se, por consequência, a ideia comum de que o investimento em alternativas penais seria sinônimo de impunidade (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016).

Pesquisa empreendida pelo Ministério da Justiça, outrora mencionada, consignou que a audiência de custódia como um meio de controle judicial apto a lidar com prisões efetuadas com arbitrariedade, sendo esse o entendimento esposado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como um meio de controle idôneo para evitar as capturas arbitrárias e ilegais. O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário e procurar, em geral, que se trate o não culpado de maneira coerente com a presunção de inocência (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016).

Cabe, aqui, uma análise mais detida sobre os dispositivos do instrumento normativo que deu “corpo” à audiência de custódia no Brasil: a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, especificamente sobre seu artigo 11.

Frente à importância do mencionado dispositivo para o tema em foco, oportuno e conveniente a sua transcrição, *ipsis litteris*:

Art. 11. Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus-tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado.

§ 1º Com o objetivo de assegurar o efetivo combate à tortura e maus-tratos, a autoridade jurídica e funcionários deverão observar o Protocolo II desta Resolução com vistas a garantir condições adequadas para a oitiva e coleta idônea de depoimento das pessoas presas em flagrante delito na audiência de custódia, a adoção de procedimentos durante o depoimento que permitam a apuração de indícios de práticas de tortura e de providências cabíveis em caso de identificação de práticas de tortura.

§ 2º O funcionário responsável pela coleta de dados da pessoa presa em flagrante delito deve cuidar para que sejam coletadas as seguintes informações, respeitando a vontade da vítima: I - identificação dos agressores, indicando sua instituição e sua unidade de atuação; II - locais, datas e horários aproximados dos fatos; III - descrição dos fatos, inclusive dos métodos adotados pelo agressor e a indicação das lesões sofridas; IV - identificação de testemunhas que possam colaborar para a averiguação dos fatos; V - verificação de registros das lesões sofridas pela vítima; VI - existência de registro que indique prática de tortura ou maus-tratos no laudo elaborado pelos peritos do Instituto Médico Legal; VII - registro dos encaminhamentos dados pela autoridade judicial para requisitar investigação dos relatos; VIII - registro da aplicação de medida protetiva ao autuado pela autoridade judicial, caso a natureza ou gravidade dos fatos relatados coloque em risco a vida ou a segurança da pessoa presa em flagrante delito, de seus familiares ou de testemunhas.

§ 3º Os registros das lesões poderão ser feitos em modo fotográfico ou audiovisual, respeitando a intimidade e consignando o consentimento da vítima. § 4º Averiguada pela autoridade judicial a necessidade da imposição de alguma medida de proteção à pessoa presa em flagrante delito, em razão da comunicação ou denúncia da prática de tortura e maus-tratos, será assegurada, primordialmente, a integridade pessoal do denunciante, das testemunhas, do funcionário que constatou a ocorrência da prática abusiva e de seus familiares, e, se pertinente, o sigilo das informações.

§ 5º Os encaminhamentos dados pela autoridade judicial e as informações deles resultantes deverão ser comunicadas ao juiz responsável pela instrução do processo.

Conforme já abordado, durante o interrogatório do preso em flagrante delito na audiência de custódia, ele será questionado sobre o tratamento recebido em todos os lugares pelos quais passou antes de ser conduzido à audiência de custódia, bem como perguntado sobre a ocorrência de tortura e maus-tratos, realizando-se, o corpo de delito para verificação de sua materialidade<sup>118</sup>.

Desse modo, o dispositivo supratranscrito trata, justamente, do procedimento a ser adotado no caso de alegação de tortura e ou maus-tratos sofridos pelo custodiado. O mesmo tratamento deve ser dispensado quando a autoridade judicial entender existentes indícios da prática de tortura por agentes estatais que atuaram durante a prisão em flagrante delito e nos atos persecutórios posteriores até o momento da audiência de custódia.

Cumpra-se, desse modo, dever decorrente da Constituição em adotar providências, inclusive no âmbito judicial, de medidas eficazes para impedir a prática da tortura (BRANDALISE, 2016, p. 128).

Em seu *caput*, o artigo 11 supracitado consigna que devem ser registradas as informações para que, ato contínuo, sejam adotadas as providências necessárias pertinentes ao caso. Devem, portanto, em prol da vítima de tortura ou maus-tratos, ser adotadas as medidas que preservem a sua segurança, com encaminhamento, caso necessário, para tratamento médico ou psicossocial especializado<sup>119</sup>. Portanto, seu verdadeiro objetivo é orientar a ação voltada ao combate às suas práticas.

Nesse compasso, portanto, e adotando essa perspectiva como norte de interpretação do §1º, vê-se que as condições para oitiva e coleta devem ser adequadas e capazes para que o preso vítima de tortura possa prestar as informações durante a realização da audiência de custódia, com a adoção posterior das medidas que se fizerem necessárias.

Especificamente, o nº II do Protocolo da Resolução refere que a audiência de custódia deve ocorrer em condições adequadas que tornem possível o depoimento por parte da pessoa custodiada, livre de ameaças ou intimidações em potencial que possam inibir o relato de práticas de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes a que tenha sido submetida (BRANDALISE, 2016, p. 131).

---

<sup>118</sup> Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: (...) VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus-tratos e adotando as providências cabíveis; VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que: a) não tiver sido realizado; b) os registros se mostrarem insuficientes; c) a alegação de tortura e maus-tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado; d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito.

<sup>119</sup> Sobre os encaminhamentos psicossociais, vide o Quadro I, neste capítulo.

Registre-se, no entanto, que a oitiva não tem como objetivo confirmar a prática de tortura (nº 4 do Protocolo II da Resolução), pois a atividade de investigação propriamente dita não cabe no contexto de audiência de custódia, devendo ser realizada por instituição ou órgão que tenha a devida atribuição para tanto.

Encontra-se, aliás, entre as recomendações do Ministério da Justiça, em estudo sobre a implementação das audiências de custódia no Brasil, o fortalecimento da “participação das perícias técnicas, com promoção de capacitação específica para a elaboração de laudos e análises referentes à elucidação de casos de tortura, apoiando a independência do setor diante das corporações policiais” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016), tendo como parceiros os Institutos Médicos Legais estaduais, Secretarias estaduais de segurança pública ou equivalentes.

Nos termos consignados, ainda, no nº 2 do aludido protocolo, são condições necessárias para oitiva da pessoa custodiada não estar ela algemada durante sua oitiva, salvo em casos de resistência e/ou de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, o que, no entanto, deve ser devidamente fundamentado, sob pena de responsabilidade nos termos da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal<sup>120</sup>.

Imperioso mencionar que a oitiva deve ocorrer na presença de defensor público, sendo-lhe assegurada entrevista prévia sigilosa e em local adequado/reservado com seu defensor, garantindo ao detido efetiva assistência judiciária<sup>121</sup>.

O §2º do art. 11, disserta sobre dados e provas acerca da tortura a serem buscados durante a audiência, estabelecendo um roteiro de informações para o funcionário responsável pela coleta de dados com a finalidade de contribuir com a ulterior persecução penal dos maus-tratos informados durante a audiência de garantia.

---

<sup>120</sup> Súmula Vinculante nº 11, STF: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

<sup>121</sup> Sobre esse ponto, interessante constatação da pesquisa já mencionada do Ministério da Justiça (2016): “Verifica-se uma diferença bastante acentuada no decorrer das audiências entre aquelas em que o preso tem tempo e espaço reservado para poder ter contato com seu defensor previamente e aquelas onde as instruções são passadas de forma superficial e improvisada em locais não apropriados, com reflexos no possível contato com a família do preso, na obtenção de comprovantes de residência e vínculo empregatício ou renda que alguns juízes solicitam, e na orientação ao preso para que não entre no mérito do caso. Por outro lado, recebemos relatos extremos de defensores que sequer chegam a pedir a liberdade da pessoa presa e em que a acusação está mais interessada em verificar a legalidade e necessidade da prisão do que a própria Defensoria. Presenciamos, ainda, a situação de um preso que, visivelmente ferido, não teve nenhuma atenção do defensor em relação a possíveis violências cometidas por policiais durante a prisão. Sem evidências físicas, também não são raros os casos em que questionamentos sobre eventuais maus-tratos ou torturas deixam de ser feitos inclusive pelos defensores.”

Nas hipóteses dos incisos I, II, III e IV, a vítima do delito de tortura é tratada como verdadeira fonte de prova e, sendo esta anterior ao processo, “decorre de tudo que pode esclarecer a ocorrência de um fato típico penal e advém de pessoas ou coisas de onde será possível extrair a prova” (LIMA, 2014, p. 554).

Aqui reside uma dicotomia notável: a vítima do crime de tortura ou maus-tratos é, ao mesmo tempo, acusado de um crime anterior que justificou a prisão em flagrante delito e deflagrou a audiência de custódia, razão pela qual suas declarações estão garantidas pelo direito contra a autoincriminação e pelo direito ao silêncio<sup>122</sup> (BRANDALISE, 2016, p. 133).

Esse, aliás, a intencionalidade do §3º do art. 11, ao tempo em que condiciona os registros das lesões por fotografia ou audiovisual ao respeito à intimidade e ao consentimento da vítima.

O §3º, além disso, apresenta outro elemento de notória importância: não querendo a vítima, ocasionalmente, comparecer a exames e perícias necessárias, dificultará, conseqüentemente, a realização do exame direto de corpo de delito direto (nos termos consignados no art. 158 do Código de Processo Penal)<sup>123</sup>. Frente a essa possibilidade, portanto, e para que não reste prejudicado este possível tipo de prova, a Resolução encarregou-se de protegê-la, para uma eventual (e ulterior) formação desse tipo de prova de forma indireta<sup>124</sup>, já que não poderá ser suprida por confissão.

Em prosseguimento, vê-se que o §4º do artigo em análise trata das medidas em favor da vítima do crime de tortura e dos maus-tratos. Mencione-se, por oportuno, que esse preceito observa o disposto no art. 13 da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em sua parte final, que determina que deverão ser tomadas medidas para assegurar a proteção do queixoso e das testemunhas contra maus-tratos ou intimidações em virtude da apresentação de queixa ou da prestação de declarações.

Registre-se que ao determinar a aplicação de medida protetiva ao autuado pela autoridade judicial, caso a natureza ou gravidade dos fatos relatados coloque em risco a vida ou a segurança da pessoa presa em flagrante delito, de seus familiares ou de testemunhas, o inciso VIII do § 2º do artigo *sub focu* é reforçado pelo estudado § 4º, ao tempo em que estabelece que, se houver a necessidade da imposição de alguma medida de proteção à pessoa

<sup>122</sup> Ademias, isso justifica o que consta na parte final do parágrafo em comento, visto que as informações a serem coletadas devem sempre respeitar a vontade da vítima do crime de tortura. Tal inviolabilidade, aliás, é constitucionalmente garantida, nos termos do art. 5º, inciso X da CF/88.

<sup>123</sup> Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

<sup>124</sup> A forma direta de exame de corpo de delito decorre do contato imediato com aquilo que é analisado, ao passo que a indireta surge a partir da informação advinda de outros elementos de prova, como testemunhas, documentos e fotografias (NUCCI, 2016, p. 67).

presa em flagrante delito, em razão da comunicação ou denúncia da prática de tortura e maus-tratos, será assegurada, primordialmente, a integridade pessoal do denunciante, das testemunhas, do funcionário que constatou a ocorrência da prática abusiva e de seus familiares, e, se pertinente, o sigilo das informações.

Nesse ponto, vale mencionar que o item IV do nº 6 do Protocolo II da Resolução descreve que compete ao juiz aplicar, *ex officio*, medidas protetivas para garantia da segurança e integridade da pessoa custodiada, de seus familiares e eventuais testemunhas.

No mesmo norte protetivo, o item X do nº 6 do Protocolo II da Resolução prescreve que ao juiz cabe recomendar ao Órgão Ministerial presente a inclusão da pessoa em programas de proteção a vítimas ou testemunha, quando necessário. Tal providência decorre do art. 2º<sup>125</sup> da Lei Federal nº 9.807/99, considerando-se a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, da dificuldade em preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e da sua importância para a produção de prova.

Caio Paiva advoga ainda que:

Finalmente, após a audiência de custódia, tendo havido o relato de agressão pelo preso, e a prisão sido mantida, deve o defensor público incluir esse cidadão num cadastro interno específico de pessoas em estado de vulnerabilidade, procedendo não somente com visitas regulares na unidade prisional, sem prévio agendamento, mas também com requisições de laudos e perícias médicas periódicas sobre a integridade física e psicológica do preso (2016).

Existe, ainda, a possibilidade de decretação de prisão preventiva do autor de crime de tortura para garantia da ordem pública e/ou por conveniência da instrução criminal, nos termos do artigo 312 do CPP, além do enquadramento no crime de coação no curso do processo (art. 344 do Código Penal).

Relembre-se que a tortura é uma prática hedionda (na acepção técnica da palavra), o que justifica o tratamento aqui estabelecido, destacando-se, ainda na dicção do parágrafo em foco, o sigilo das informações. Tal sigilo, no entanto, circunscreve-se, unicamente, ao interesse da investigação quanto ao crime de tortura.

Com efeito, a parte final do § 4º deve ser lida e interpretada dentro do contexto que a justifica, pelo que sua compreensão não pode ser realizada como se desvincilhada do todo, pois não se interpreta o direito em tiras (BRANDALISE, 2016, p. 136-137)<sup>126</sup>.

<sup>125</sup> Art. 2º A proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova.

<sup>126</sup> Adotando esse norte hermenêutico, BRANDALISE (2016, p. 137), defende que “não é o § 4º do artigo 11 qualquer subterfúgio ou autorização para imposição de sigilo integral das declarações de maneira aleatória, especialmente às que se relacionarem ao fato típico que originou a prisão. Se assim não for, criar-se-á um ‘salvo-

Por fim, o § 5º trata da comunicação posterior, registrando que os encaminhamentos dados pela autoridade judicial e as informações deles resultantes deverão ser comunicadas ao juiz responsável pela instrução do processo. Consigne-se, por cautela, que o processo aqui referido é o que decorre do crime que deu ensejo à prisão em flagrante delito e a audiência de custódia.

A par dessas considerações procedimentais de apuração e responsabilização pela prática da tortura e maus-tratos, a banalização (normalidade) do desumano é uma incontestável realidade nacional. Nesse compasso, Caio Paiva (2016) lembra que “de tão frequente, banalizada e impune, a pequena ou média violência policial passou a ser assimilada pelos presos (e pela sociedade em geral) como um procedimento padrão, algo quase inevitável.”

Inobstante tal constatação, a audiência de custódia surge como uma garantia mínima para o cidadão, sendo um meio indispensável de combate à tortura e, até mesmo, ao horror do cárcere, resultando, em última análise, em superação da lógica da naturalização da violência, materializada na normalidade da tortura no ato de prisão.

De todo modo, frente às ponderações até então expendidas, as palavras de Caio Paiva são por demais sensatas sobre o que representa (ou poderia representar) a implementação da audiência de custódia no Brasil, *in verbis*:

A audiência de custódia pode significar uma revolução no sistema de Justiça criminal, uma ruptura com um passado de invisibilidade do preso, mas pode, também, se não conduzida com responsabilidade, ser apenas mais um expediente, em meio a tantos outros, a confirmar a célebre frase do escritor italiano Giuseppe Tomasi di Lampedusa: “Tudo deve mudar para que tudo fique como está” (2016).

Diga-se, em conclusão, que a audiência judicial de custódia supera (ou tem como finalidade superar) a fronteira do formalismo procedimental, conferindo um notório caráter antropológico ao processo (na medida em que rompe a barreira do papel), possibilitando um contato mais vívido do magistrado com os fatos, permitindo, assim, um controle (e consequente punição) mais real e efetivo de práticas que coisificam o homem, retirando-lhe a dignidade que lhe é inalienável.

## CONCLUSÃO

A implementação da audiência judicial de custódia no Brasil representará não apenas uma inovação jurídica nos termos propostos, mas sim, ao menos simbolicamente, um marco civilizatório e humanizador do sistema de justiça criminal. Dita implementação é, antes de tudo, uma efetivação dos direitos e garantias inerentes à dignidade da pessoa humana.

Relembre-se, aqui, que a audiência de custódia tem como alvo<sup>127</sup>, dentre outras finalidades, averiguar a ocorrência de violência eventualmente causada à pessoa apresentada, em particular, de tortura ou maus-tratos, desde a efetivação de sua prisão cautelar por parte das autoridades públicas encarregadas do ato até o momento de sua apresentação em audiência de custódia.

É possível considerar a audiência de custódia um marco no direito processual brasileiro, deixando, em menos de cinco anos, de ser uma ilustre desconhecida para ser o foco de diversas controversas, com direito a movimentações jurídico-políticas pró e contra a sua implementação.

Com efeito, com a audiência de garantia o processo penal ganha uma carga mais antropológica, pois esta possibilita o contato imediato do preso em flagrante delito ao juiz. Valora-se o processo penal, pois a audiência de custódia materializa e impulsiona o papel democrático do processo penal.

O processo penal não deve apenas instrumentalizar o poder punitivo do Estado, como mecanismo de contenção social da criminalidade, mas, antes de tudo e principalmente, materializar democraticamente os direitos legais, constitucionais e convencionais dos investigados.

O cenário está montado: o horror dos presídios superpovoados, em condições de indignidade e vulnerabilidade, e o funcionamento (violentamente dissimulado) do aparato Estatal denuncia a normalidade do desumano: a aceitação do intolerável da indignidade do humano. Instalou-se, ainda que imperceptível e sorrateiramente, um verdadeiro estado de exceção em nosso país.

---

<sup>127</sup> Cite-se, ainda, como objetivo da audiência de custódia: a) identificar corretamente a pessoa apresentada, sobretudo, a fim de confirmar se ela é realmente a pessoa contra quem foi expedida a ordem de prisão; b) ouvir a pessoa apresentada acerca das circunstâncias em que se realizou sua prisão pelas autoridades públicas (cientificando-a, em todo caso, acerca da possibilidade do uso do direito constitucional do silêncio); e c) verificar a legalidade do ato de prisão.



A violação dos direitos humanos é uma constante, mas não no sentido matemático, pois é uma constante em expansão, crescendo em proporção, diga-se, assustadoramente insuportável, tanto do ponto de vista político-jurídico, como do ponto de vista social.

Não apenas o direito penal passa pelo processo (indesejável) de administrativização, mas, em igual escala, o processo penal vivencia o mesmo fenômeno, pois tem sido utilizado, muitas vezes, como mecanismo punitivo e instrumento de gestão da delinquência como risco social. A mera instrumentalização do processo, que é uma tendência perniciosa, deve ser, portanto, combatida e evitada.

A realidade carcerária brasileira conclama por uma mudança de modelo (de paradigma), que, por sua vez, requer uma significativa mudança de valores. Com efeito, a audiência de custódia representa uma virada paradigmática (ao menos os dados estatísticos, até então, apontam para isso), uma vez que a violação generalizada (e histórica) dos direitos humanos dos detidos, provisória e definitivamente, por meio da tortura e outros tratamentos desumanos e cruéis, legitima (no mínimo, recomenda) a implementação da audiência de custódia no Brasil.

É nesse compasso que a audiência de custódia vem reerigir ao seu posto de direito um princípio constitucional (e convencionalmente previsto): a presunção de inocência. É nesse sentido, ainda, que a prisão em flagrante detém natureza jurídica de pré-cautelaridade de garantia máxima, visto ser dotada de instrumentalidade tripla: é um instrumento do instrumento (prisão preventiva) do instrumento (processo penal).

A conclusão prática não pode ser outra: a prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar de garantia máxima (ou em maior grau), pois nesse momento, no ato da prisão em flagrante delito, a materialidade e autoria são tão frágeis e superficiais (do ponto de vista da cognoscibilidade sumária), que o princípio da presunção da inocência é quase absoluto, diante da natureza precária da medida, que deve durar, no máximo 24 (vinte e quatro) horas.

Mencionado princípio deve, ainda, nortear a atuação dos operadores de Direito, nos âmbitos legislativo, investigativo, jurisdicional e execucional. De fato, a presunção de não culpabilidade deve ser o vetor que orienta todas as decisões tomadas.

Maximizando tal princípio, a audiência de custódia representa um passo a mais em direção à ruptura do protagonismo judicial da prisão cautelar. Representa, também, uma tentativa de rompimento, ainda que inicial e parcial, com o estado de exceção vivenciado em nossos presídios na atualidade.

Lançou-se, ainda, um olhar sobre o conceito arendtiano sobre a banalidade do mal, adotando-se uma perspectiva de aproximação conceitual, visto que a banalidade do mal serviu

como parâmetro na compreensão do inadmissível: tolerar e admitir reiterada, sistêmica e generalizada violação aos direitos e garantias fundamentais dos detidos sem a consequente (e necessária) responsabilização jurídica dos violadores. Tal cenário, aproxima-se da noção de banalidade do mal em Hannah Arendt.

A centralidade dos direitos humanos torna inaceitável o estado de violação desses mesmos direitos, convenientemente justificado com base em argumentos condizente à falta de logística e recursos financeiros que possibilitem oferecer condições de tratamento dignas ao preso em flagrante delito.

A ausência de regras mínimas de tratamento (já estabelecidas nos tratados de direitos humanos internacionais) que preservem a dignidade da pessoa detida em flagrante delito – e em todo sistema prisional, protegendo-se, universalmente, os seus direitos fundamentais, resulta em uma conduta estatal que normaliza o desumano.

Nesse compasso, a audiência de custódia impulsiona um novo modelo de justiça e de humanização do tratamento penal, fazendo resistência a esse câncer sistêmico, que encerra os desvalidos *homo sacer* em um totalitário estado de exceção e os priva do direito de ter direitos, tratando o “ser” como se humano não fosse.

Imbuída, portanto, da missão embrionária de preservar a integridade física e moral do preso, a audiência de custódia se apresenta como um mecanismo eficiente de combate das reiteras violações dos direitos humanos fundamentais.

Por conta disso, a audiência de custódia representa (e mais uma vez as estatísticas oficiais apontam nessa direção), um prelúdio da desconstrução da cultura de torturar e, até mesmo, ao horror do cárcere, resultando, em última análise, em superação da lógica da naturalização da violência, materializada na normalidade da tortura no ato de prisão e, quiçá, com influência duradoura no tratamento degradante ministrado aos detentos no sistema carcerário brasileiro.

Advirta-se, no entanto, como feito durante toda a pesquisa em foco, que a audiência de custódia como um instrumento de contenção do poder punitivo estatal, não vai, de *per si*, solucionar definitiva e cabalmente todo e qualquer problema do sistema de justiça brasileiro.

Entretanto, representa, sem dúvidas, a superação da fronteira do formalismo procedimental, conferindo um notório caráter antropológico ao processo (na medida em que rompe a barreira do papel), e possibilita um contato mais vívido do magistrado com os fatos, permitindo, assim, um controle (e consequente apuração e punição) mais real de práticas que coisificam o homem, retirando-lhe a dignidade que lhe é inalienável.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2008.
- ALMEIDA JR., João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- ALVAREZ, Marcos César. **Tortura, História e Sociedade: algumas reflexões**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 72, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no processo penal brasileiro**. 2 ed. rev. atual e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- ANDRADE, Marcelo. **A banalidade do mal e as possibilidades da educação moral: contribuições arendtianas**. Revista Brasileira de Educação. Rev. Bras. Educ. vol.15 no.43 Rio de Janeiro Jan./Apr. 2010. Disponível em:<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-24782010000100008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782010000100008)> Acesso em: 16 dez. 2016.
- AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 6 ed., São Paulo: Letras Jurídicas, 2016.
- ARANTES, Maria Auxiliadora de Almeida Cunha. **Tortura: Uma visão social e histórica – violência, massacre, execução e tortura**. Coordenação Geral de Combate à Tortura (Org.) – 1. ed. – Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.
- ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. **Teoria Geral do Processo Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2013.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo. Companhia das Letras, 1999.
- ARNS, Dom Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais**. Petrópolis: Vozes, 1985.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Os direitos do preso e a mídia**. Boletim IBCCRIM. São Paulo. V. 10. n. 117. Maio 2002.
- AZEVEDO, José E. **A Penitenciária do Estado - As relações de poder na prisão**. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Campinas, 1997.
- AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. **A audiência de custódia e o preço do comodismo**. Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal, Ano XVI, nº 93, ago-set 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia.** Disponível em: <[http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/11/Parecer\\_AudienciaCustodia\\_Badaro.pdf?x20748](http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/11/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf?x20748)> Acesso em: 18 dez. 2016.

BARBOSA, Marco Antônio. **ASPECTOS RELATIVOS AOS DIREITOS HUMANOS E SUAS VIOLAÇÕES, DA DÉCADA DE 1950 À ATUAL E PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO.** 2010 (Brasil. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. Tortura / Coordenação Geral de Combate à Tortura (Org.) – 1. ed. – Brasília : Secretaria de Direitos Humanos, 2010).

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Audiência de Custódia e o Sistema da Dupla Cautelaridade como Direito Humano Fundamental.** Disponível em: <<http://ruchesterbarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/173154765/audiencia-de-custodia-e-o-sistema-da-dupla-cautelaridade-como-direito-humano-fundamental>> Acesso em: 18 nov. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf)>. Acesso em: 04 jun. 2012.

BASSO, Marco Antonio. **Tortura: Evolução Histórica, Jurídica e Social.** São Paulo. Scortecci Editora. 1ª Ed. 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Trad. de Lucia Guidicini e Alessandro Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. ed. 34, São Paulo, 2010.

BÍBLIA. A. T. Gênesis. In: BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada: contendo o antigo e o novo testamento.** Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 2010.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção sobre a Imprescritibilidade do Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade – 1969.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declar%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contr-a-humanidade.html>> Acesso em: 7 set. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORGES, José Ribeiro. **Tortura: aspectos históricos e jurídicos.** Campinas: Romana, 2004.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Audiência de Custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19088/19088\\_9.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19088/19088_9.PDF)> Acesso em: 15 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Disponível em: <[http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19088/19088\\_9.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19088/19088_9.PDF)> Acesso em: 15 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997**. Crime de Tortura. Disponível em: <[http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19088/19088\\_9.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19088/19088_9.PDF)> Acesso em: 10 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **LEI nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Código Eleitoral. Disponível em: <[http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19088/19088\\_9.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19088/19088_9.PDF)> Acesso em: 10 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19088/19088\\_9.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19088/19088_9.PDF)> Acesso em: 22 maio 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 12.847, de 2 de agosto de 2013**. Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Disponível em: <[https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Hd-nrnISKTsJ:https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12847.htm+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Hd-nrnISKTsJ:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12847.htm+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)> Acesso em: 18 maio 2016.

BURIHAN, Eduardo Arantes. **A Tortura como Crime Próprio**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008.

CABRAL, Luis Fernando Paes. **TORTURA E AUTORITARISMO: A construção do regime interamericano de proibição à tortura é legado dos regimes autoritários da América Latina no Século XX?** Santos, UCS. 2015, 227p. (mestrado em Direito) – Universidade Católica de Santos, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santos, 2015.

CAETANO, Haroldo. **O juiz e a banalidade do mal**. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/07/20/o-juiz-e-a-banalidade-do-mal/>> Acesso em: 03 nov. 2016.

CALDEIRA, Teresa Pires. **Direitos Humanos ou privilégio de bandidos**. Novos Estudos, São Paulo: CEBRAP, n. 30, 2000.

CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?** Consultor Jurídico, São Paulo, 15 out 2015, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>> Acesso em: 18 abr. 2016.

CANI, Luiz Eduardo. **Não realização de audiência de custódia gera defeito processual insanável, sendo necessário revogar medida(s) cautelar(es) fixada(s) sem possibilidade de exercício do contraditório**. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista71/revista71\\_141.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista71/revista71_141.pdf)> Acesso em: 15 dez. 2017.

CARONE, Edgard. **A República Velha: evolução política**. São Paulo: Difel, 1973.

CASARA, Rubens R.R. **Prisão e Liberdade – coleção para entender Direito**. São Paulo: Estúdio Editores, 2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Dizer o Direito: Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>> Acesso em: 11 maio 2016.

CHIOCCA, Fernando. **O estado dos 5 macacos**. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=678>> Acesso em: 06 jul. 2016.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do Injusto Penal da Tortura**. São Paulo: RT, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Pesquisa aponta aumento de casos de tortura ao longo de cinco anos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82689-pesquisa-aponta-aumento-de-casos-de-tortura-ao-longo-de-cinco-anos>> Acesso em: 08 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>> Acesso em: 12 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>> Acesso em 08 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Perguntas Frequentes**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>> Acesso em: 04 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa**. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>> Acesso em: 23 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Audiências de custódia já evitaram 45 mil prisões desnecessárias**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82713-audiencias-de-custodia-ja-evitaram-45-mil-prisoas-desnecessarias-2>> Acesso em: 11 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Atos Administrativos: Resolução N° 213 de 15/12/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso em 27 ago. 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **CNMP aprova prazo de proibição para membro do MP exercer função eleitoral**. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal\\_2015/todas-as-noticias/8463-cnmp-aprova-prazo-de-proibicao-para-membro-do-mp-exercer-funcao-eleitoral](http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/todas-as-noticias/8463-cnmp-aprova-prazo-de-proibicao-para-membro-do-mp-exercer-funcao-eleitoral)> Acesso: em 24 jul. 2016.

CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Bayarri vs. Argentina – Sentença proferida em 30.10.2008.** Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf)> Acesso em: 13 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentença proferida em 22.11.2005.** Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=313](http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=313)> Acesso em: 12 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Caso de Los Niños de la Calle vs. Guatemala. Sentença proferida em 19.11.1999.** Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)> Acesso em: 21 out. 2016.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. **Globalização e controle social na contemporaneidade.** Revista *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2520, 26 maio 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14892>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

CROZARA, Rosberg Souza. **Prisão e Liberdade. Qual o real sentido da presunção de inocência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2010.

DE JESUS, Maria Gorete Marques. **O CRIME DE TORTURA E A JUSTIÇA CRIMINAL: Um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo.** São Paulo, USP. 2009, 257p. Dissertação (mestrado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, São Paulo, 2009.

DIÁRIO DA MANHÃ. **Audiências de custódia. Motivos e riscos.** Disponível em: <<http://www.dm.com.br/opiniaio/2015/08/audiencias-de-custodia-motivos-e-riscos.html>> Acesso em: 15 dez. 2016.

DIEZ GOULART, Valéria. **Tortura e prova no processo penal.** Atlas, 2002.

DORNELAS, Henrique Lopes. **A questão da fundamentação dos direitos humanos.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VI, n. 14, ago 2003. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3982](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3982)>. Acesso em: 12 out. 2016.

DUARTE, Melina. **A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel.** Revista Eletrônica Estudos Hegelianos Ano 6, nº10, Junho-2009: 75-85.

ESTEVES, Henrique Perez; FURTADO, Pedro Nirceu. **Audiência de custódia: desafios para a sua implementação.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44203/audiencia-de-custodia-desafios-para-a-sua-implementacao>> Acesso em: 2 nov. 2016.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores.** 2ª ed. Brasília: UnB, 1993.

FATTOELLI, Maíra Miranda. **Direitos Humanos e seu não-lugar: o cárcere e suas relações de poder e vulnerabilidade.** Disponível em: <<http://www.puc->

rio.br/pibic/relatorio\_resumo2014/relatorios\_pdf/ccs/DIR/DIR-Ma%C3%ADra%20Miranda%20Fattorelli.pdf> Acesso em: 07 maio 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal** - 4 ed. Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, A. B. de H. **Novo Dicionário Aurélio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De. **Direito Penal – Parte Geral – Tomo I**. Coimbra Editora, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 31 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

FUNES, Mariano Ruiz. **A Crise nas Prisões**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREIRE, Ranulfo de Melo. **O papel da mídia na democracia**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.134, p. 4-5, jan. 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo. Editora: Atlas, 2014.

GIORGIO AGAMBEN. In: **WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2016. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Giorgio\\_Agamben&oldid=46059407](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Giorgio_Agamben&oldid=46059407)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: RT, 2013.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. **A Tortura como violência instituída e instrumento para a simulação do réu confesso**. Curitiba: UFP, 2011. 272p. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2006.

GUIMARÃES, Renato. **Travessia: da tortura e dos meios de resistir a ela**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

G1. **Tortura policial é 'problema crônico' no Brasil, diz Human Rights Watch**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/01/ong-diz-que-tortura-por-parte-de-agentes-publicos-permanece-no-brasil.html>> Acesso em: 18 abr. 2016.

HULSMAN, Louk. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 2 ed. 1997.

HUMAN RIGHTS WATCH. Brasil: **Reformas Foram Insuficientes para Coibir Tortura**. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2014/07/28/254675>> Acesso em: 06 de jul. 2016.



\_\_\_\_\_. **Relatório Mundial 2014: Brasil. Acontecimentos 2013.** Disponível em: < <https://www.hrw.org/pt/world-report/2014/country-chapters/259992>> Acesso em: 08 jul. 2016.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **IBCCRIM divulga nota pública sobre audiência de custódia.** Disponível em: < <http://www.iddd.org.br/index.php/2014/05/15/ibccrim-divulga-nota-publica-sobre-a-audiencia-de-custodia/>> Acesso em: 19 jul. 2016.

JACINTO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana: Princípio constitucional.** Curitiba: Juruá, 2006.

JURICIC, Paulo. **Crime de tortura.** São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002.

LACERDA, Fernando Hideo I. **Prisão de senador Delcídio Amaral materializa o Estado de exceção.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-nov-26/fernando-lacerda-prisao-delcidio-elegia-estado-direito>> Acesso em: 04 abr. 2016.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LOPES Jr., Aury. PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aur-ly-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>> Acesso em: 10 nov. 2016.

LOPES JR., Aury; DA ROSA, Alexandre Moraes. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1).** Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>> Acesso em: 16 nov. 2016.

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. **Você sabe o que é efeito primazia no Processo Penal?** Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2016-jul-29/limite-penal-voce-sabe-efeito-primazia-processo-penal>> Acesso em: 6 out. 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 11 ed. Editora Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** Edição: 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; PEREIRA, Henrique Viana. O Direito Romano e suas fases: principais eventos, organização social, política, judiciária e fontes do direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7179](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7179)>. Acesso em: 2 out. 2016.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1.** – 6 ed. ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

MATTOSO, Glauco. **O que é Tortura.** São Paulo: Brasiliense, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal. Parte Geral.** 24 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Audiência de custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/audiencias-de-custodia-e-prevencao-a-tortura-analise-das-praticas-institucionais-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1-correto.pdf>> Acesso em: 10 jul. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota técnica conjunta sobre instituição da audiência de custódia em 24 horas após prisão em flagrante.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr7/dados-da-atuacao/notas-tecnicas/NotaTcnicaConjunta257AudinciadeCustdia.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal** - 13 ed. Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2013.

OLIVEIRA, Luciano. **Ditadura Militar, tortura e história: a “vitória simbólica” dos vencidos.** Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 26, nº 75, 2011.

OSORIO, Juan Fuentes. L. **Los medios de comunicación y el derecho penal.** Revista Electrônica de Ciência Penal y Criminologia (en línea). 2005, num. 07-16, p.16-51. Disponível em:<<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>> Acesso em: 01 ago. 2016.

PAIVA, Caio. **A Defensoria, a tortura e as audiências de custódia.** Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2015-set-29/tribuna-defensoria-defensoria-tortura-audiencias-custodia>> Acesso em: 20 de dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro.** Florianópolis: Emporiododireito, 2015.

PALASTRI LIMA, Marcellus. **Curso de Processo Penal. Vol. II.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEDRERO-SANCHEZ, Maria G. **História da Idade Média,** São Paulo: Unesp, 2000.

PETERS, E. **Tortura.** Trad. Lila Spinelli. São Paulo: Ática, 1989.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Editorial Revista dos Tribunais, 2003.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Comentário ao art. 5º, XLIX**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar José de. **Vocabulário Jurídico**. 11 ed. Rio de Janeiro. Forense, 1991.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

RAMOS, Manuel Ortells. **Para una sistematización de las medidas cautelres en el proceso penal**. Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, n. 5, tomo 245, maio 1978.

**RELATÓRIO DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE**, VOL. I. Disponível em: <[http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=571](http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571)> Acesso em: 09 jul. 2016.

**RELATÓRIO HUMAN RIGHTS WATCH**. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2014/country-chapters/259992>> Acesso em: 08 jul. 2016.

REVISTA FORUM. **As 29 recomendações do relatório da Comissão Nacional da Verdade**. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2014/12/10/29-recomendacoes-cnv/>> Acesso em: 25 jul. 2016.

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. **O mito da função ressocializadora da pena: a intervenção do sistema penal como fator de estigmatização do indivíduo criminalizado**. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2006.

SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. **Apontamentos para uma história das práticas de tortura no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Vol. 63, 2006.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2013.

SANGUINÉ, Odone. **Medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Mário Sérgio Moura. **A inevitável aplicação da audiência de custódia**. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4290, 31 mar. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37644>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SENADO. **Plenário aprova regulamentação de audiência de custódia**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/13/plenario-aprova-regulamentacao->>

de-audiencia-de-custodia> Acesso em: 27 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 554/2011.** Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>> Acesso em: 21 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Regulamentação de audiência de preso com o juiz segue para a Câmara.** Disponível em: < <http://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2016/12/regulamentacao-de-audiencia-de-preso-com-o-juiz-segue-para-a-camara>> Acesso em: 03 jan. 2017.

SCHIO, Sônia Maria. **Hannah Arendt – História e Liberdade: da ação à reflexão.** 2. ed. Porto Alegre: Clarinete, 2012.

SOARES, Maria Victoria de Mesquita Benevides. **Tortura: Uma visão social e histórica: Tortura no Brasil, uma herança maldita.** Coordenação Geral de Combate à Tortura (Org.) – 1. ed. – Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

SOUKI, Nádia. **Hannah Arendt e a banalidade do mal.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

STIFTUNG, Heinrich Boll. **Prisão, políticas públicas e religião.** Disponível em: <<https://br.boell.org/pt-br/2012/02/26/prisao-politicas-publicas-e-religiao>> Acesso em: 18 abr. 2016.

STRECK, Lenio. **Direito penal do fato ou do autor? A insignificância e a reincidência.** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-out-09/senso-incomum-direito-penal-fato-ou-autor-insignificancia-reincidencia>> Acesso em: 22 maio 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Adepol questiona provimento que instituiu “audiência de custódia” em São Paulo.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=285800> > Acesso em: 23 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Plenário confirma validade de normas do TJ-SP sobre audiências de custódia.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112> > Acesso em: 23 jul. 2016.

SZNICK, Valdir. **Tortura. Histórico, Evolução, Crime.** São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda. 1998.

TÓPOR, Klayton Augusto. NUNES, Andréia Ribeiro. **Audiência de custódia: controle jurisdicional da prisão em flagrante.** Florianópolis: Emporiododireito, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** Vols. 1 e 3. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Da prisão e da liberdade provisória.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. RT, ano 2, n.7, 1994.

UOL. **Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo, diz estudo do MJ.** Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/06/23/prisoos-aumentam-e-brasil-tem-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.htm>> Acesso em: 15 mar. 2016.

VERRI, Pietro. **Observações sobre tortura.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WACQUANT, Loïc Zahar. **As prisões da miséria.** Saraiva, 2001.

WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito.** Informativo Rede Justiça Criminal. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2016.

WERMUTH, Maiquel Ângelo de Zordi. **O Brasil e a criminalização da pobreza: a imposição do medo do Direito Penal como instrumento de controle social.** 2 ed. Editora: Juspodivm, 2014.

**ANEXO A<sup>128</sup>****6/2 – São Paulo (SP)**

O ministro Ricardo Lewandowski, presidente do Conselho nacional de Justiça (CNJ), lança o projeto Audiência de Custódia durante a abertura do ano Judiciário no Tribunal de Justiça de São Paulo.

**24/2 – São Paulo (SP)**

Entra em vigor o projeto-piloto do CNJ. Inicialmente restrito ao centro e à zona sul, o projeto foi ganhando gradativamente a adesão de todas as seccionais e hoje está implantado em toda a capital. No primeiro dia, 25 audiências foram realizadas e 17 liberdades provisórias foram concedidas.

**9/4 – Brasília (DF)**

O CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa assinam os três acordos que servem de base para a difusão do projeto Audiência de Custódia em todo o Brasil, o uso de medidas alternativas à prisão e a monitoração eletrônica.

**27/4 – Belém (PA)**

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) adere ao projeto e assina termo de cooperação técnica para fomentar a realização das audiências de custódia e a implementação e operacionalização das Centrais Integradas de Alternativas Penais e de Monitoração Eletrônica em todo o Brasil.

**15/5 – Brasília (DF)**

A Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) manifesta apoio formal à Audiência de Custódia e se compromete a incentivar a execução experimental ao projeto em varas federais nas capitais.

**22/5 – Vitória (ES)**

O Espírito Santo é o segundo estado a aderir ao projeto. Nas primeiras audiências de custódia realizadas ainda em maio, a Justiça decidiu pela liberdade provisória de 57 dos 95 presos ouvidos. Das pessoas autorizadas a aguardar o julgamento fora da prisão, 30% receberam tornozeleira eletrônica e são monitoradas pela polícia.

**10/6 – Brasília (DF)**

A Human Rights Watch, um dos principais organismos internacionais na área de direitos humanos, manifesta apoio ao projeto em reunião com o ministro Ricardo Lewandowski.

**22/6 – São Luís (MA)**

O Maranhão adere ao modelo nacional de audiência de custódia idealizado pelo CNJ. O estado desenvolvia um projeto semelhante desde 2010, mas sem o chamado “escopo restaurativo”, que prevê a criação de centrais integradas de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal.

**17/7 – Belo Horizonte (MG)**

---

128 Informações retiradas do site do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ: <http://www.cnj.jus.br/>.

O projeto Audiência de Custódia chega a Minas Gerais. Durante o lançamento, o ministro Ricardo Lewandowski estima que a apresentação de presos a um juiz em até 24 horas pode resultar na economia de R\$ 4,3 bilhões aos cofres públicos. O valor refere-se ao custo médio mensal de R\$ 3 mil que um preso tem para o Estado.

#### **24/7 – Cuiabá (MT)**

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso adere ao projeto do CNJ e concede liberdade provisória a um homem detido por portar carteira de habilitação falsa.

#### **30/7 – Porto Alegre (RS)**

Durante lançamento do projeto no Rio Grande do Sul, o ministro Ricardo Lewandowski destaca o aspecto humanitário das audiências de custódia e a necessidade de combate à cultura da litigiosidade que tomou conta do país.

#### **31/7 – Curitiba (PR)**

Com a quinta maior população carcerária do país, o Paraná realiza sua primeira audiência de custódia na presença dos ministros Ricardo Lewandowski e Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF). O presidente do CNJ estima que o estado pode economizar R\$ 75 milhões ao ano com o projeto.

#### **3/8 – Brasília (DF)**

O ministro Ricardo Lewandowski apresenta o projeto Audiência de Custódia ao relator especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU, Juan Méndez, e destaca a participação do Judiciário na solução dos problemas carcerários no país.

#### **7/8 – Manaus (AM)**

A primeira audiência de custódia realizada no Amazonas comprova o perfil do projeto em conceder a liberdade provisória apenas nos casos de baixo potencial ofensivo, retirando do cárcere pessoas que teriam contato com facções criminosas caso fossem parar na prisão.

#### **10/8 – Palmas (TO)**

No lançamento do projeto no Tocantins, o ministro Ricardo Lewandowski destaca a harmonia entre Judiciário e Executivo para o sucesso das audiências de custódia. De acordo com o ministro, o projeto é prova de integração logística e administrativa entre os Poderes.

#### **10/8 – Goiânia (GO)**

Décimo estado a aderir ao projeto, Goiás inova com a criação da figura do juiz de garantias. Atendendo à Convenção Americana de Direitos Humanos, o magistrado responsável pelas audiências de custódia em Goiânia atua exclusivamente com questões pré-processuais.

#### **13/8 – Brasília (DF)**

A diretora do Departamento de Segurança Pública da Organização dos Estados Americanos (OEA), Paulina Duarte, manifesta interesse do organismo internacional em levar o projeto Audiência de Custódia a outros países do hemisfério.

#### **14/8 – Recife (PE)**

Com uma das maiores taxas de superlotação carcerária do país e denunciado internacionalmente pelas condições do Complexo de Curado, Pernambuco dá novo passo para solucionar a crise penitenciária no estado ao aderir ao programa Audiência de Custódia.

#### **14/8 – João Pessoa (PB)**

O Tribunal de Justiça da Paraíba reforma o Fórum Criminal de João Pessoa para abrigar o projeto de acordo com as orientações do CNJ. Além de salas de audiência, a estrutura conta com salas de entrevistas, gabinetes para os juízes, cartórios, celas e entradas independentes. O TJ estuda a ampliação para Campina Grande, segunda maior cidade do estado.

#### **20/8 – Brasília (DF)**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julga improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade em que a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil) questionava a realização das audiências de custódia, legitimando o projeto do CNJ.

#### **21/8 – Fortaleza (CE)**

Ao participar da adesão do Ceará ao projeto Audiência de Custódia, o ministro Ricardo Lewandowski afirma que a implantação das audiências representa o resgate de uma minoria historicamente “relegada ao esquecimento”.

#### **21/8 – Teresina (PI)**

Estado com o quarto maior índice de presos provisórios do país, o Piauí adere ao projeto com uma novidade: a parceria do setor privado e de entidades civis. O Tribunal de Justiça e a Federação do Comércio do estado se uniram na reforma da estrutura destinada ao Centro de Audiências de Custódia e estabeleceram medidas para a ressocialização de presos.

#### **24/8 – Florianópolis (SC)**

A primeira audiência de custódia de Santa Catarina resultou não apenas na agilidade e humanização do tratamento ao preso em flagrante, mas em providências para apurar suposto caso de violência policial relatada pelo custodiado. A coibição de atos de tortura é um dos objetivos do projeto desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça.

#### **28/8 – Salvador (BA)**

A Bahia é o décimo sexto estado a aderir ao projeto. Em sua primeira audiência de custódia, o TJBA concedeu liberdade provisória a um homem sem antecedentes criminais e que portava uma arma. A decisão evitou que ele se juntasse às 7,4 mil pessoas que aguardam julgamento dentro de prisões baianas.

#### **4/9 – Boa Vista (RR)**

Durante o lançamento do projeto em Roraima, o ministro Ricardo Lewandowski afirma que as audiências de custódia já permitiram a economia de R\$ 400 milhões aos cofres dos estados que aderiram à iniciativa do CNJ. O montante corresponde à redução dos gastos com o sistema prisional dos estados decorrente das liberdades provisórias concedidas.

#### **9/9 – Brasília (DF)**

A regulamentação das audiências de custódia é aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) determina aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

#### **14/9 – Rio Branco (AC)**

Em sua primeira audiência de custódia, o Acre determinou que um homem fosse



encaminhado à internação compulsória em uma clínica para reabilitação de dependentes químicos no lugar do encarceramento.

#### **14/9 – Porto Velho (RO)**

O ministro Ricardo Lewandowski lança o projeto em Rondônia anunciando a economia de cerca de meio bilhão de reais aos cofres públicos ao evitar a manutenção no sistema carcerário de quase 6 mil presos em flagrante por crimes de menor potencial ofensivo.

#### **18/9 – Rio de Janeiro (RJ)**

As audiências de custódia chegam ao Rio de Janeiro. Durante a cerimônia de assinatura dos termos de adesão, o ministro Ricardo Lewandowski anuncia que o projeto evitou mais de 6 mil prisões desnecessárias desde sua implantação, em fevereiro, resultando em uma economia de R\$ 455 milhões aos cofres públicos.

#### **25/9 – Belém (PA)**

Por meio de acordos entre o Tribunal de Justiça do Pará (TJPA) e o governo do estado, todos os presos em flagrante que passarem por audiência de custódia serão encaminhados para algum projeto social, como tratamento de dependência química, cursos profissionalizantes e até a busca pela reinserção (ou inserção) do acusado no mercado de trabalho.

#### **25/9 – Amapá (AP)**

O Amapá encerra o ciclo de instalação do projeto Audiência de Custódia na Região Norte. Durante a cerimônia, a presidente do TJAP, desembargadora Sueli Pini, defende que as audiências “são um programa sem volta” em defesa dos direitos humanos.

#### **6/9 – Oiapoque (AP)**

Sob os olhares de observadores da vizinha Guiana Francesa, a cidade de Oiapoque recebe sua primeira audiência de custódia, reforçando a presença do Estado nos locais mais distantes do país.

#### **02/10 – Maceió (AL)**

Durante a adesão de Alagoas ao projeto, o ministro Ricardo Lewandowski afirma que o Brasil possui quase 17 mil magistrados brasileiros comprometidos com o Estado de Direito e com a manutenção das instituições republicanas. Segundo o ministro, o Direito corporifica hoje a prevalência da civilização sobre a barbárie e o povo brasileiro tem demonstrado querer viver em um ambiente civilizado, em que a ordem jurídica impere.

#### **02/10 – Aracaju (SE)**

Sergipe é o 24º estado brasileiro a aderir ao projeto do CNJ que prevê a apresentação de todo cidadão preso em flagrante a um juiz em até 24 horas.

#### **02/10 – Brasília (DF)**

O CNJ e o Ministério da Justiça concluem o detalhamento das ações e dos prazos a serem observados na implementação de três acordos destinados à difusão das audiências de custódia, à aplicação de alternativas penais com enfoque restaurativo e à promoção da política de monitoração eletrônica no país.

#### **05/10 – Campo Grande (MS)**

O ministro Ricardo Lewandowski ressalta que o projeto envolve despesas iniciais para o Poder Executivo, como viaturas policiais à disposição do Judiciário, transporte de presos,

escolta, entre outros. Contudo, o presidente do CNJ destaca que a relação custo-benefício é extremamente favorável.

#### **08/10 – Brasília (DF)**

Em linha com o principal objetivo do projeto, que é assegurar as garantias fundamentais do preso, como a integridade física, a legalidade da investigação, a ampla defesa e a presunção da inocência, 473 supostos casos de tortura e outros tipos de violência policial são relatados nos estados de São Paulo, Espírito Santo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Santa Catarina.

#### **09/10 – Natal (RN)**

Durante a instalação das audiências de custódia no Rio Grande do Norte, o ministro Ricardo Lewandowski afirma que o projeto representa enorme salto civilizatório, tendo em vista que o Brasil sempre foi criticado e condenado em tribunais internacionais no que diz respeito a sua triste situação prisional.

#### **14/10 – Brasília (DF)**

A adesão do Distrito Federal fecha o ciclo de implantação das audiências de custódia em toda a Justiça Estadual. O ministro Ricardo Lewandowski afirma que a implantação nacional do projeto inaugura uma nova fase de respeito às leis e à Constituição no país. O DF é a primeira unidade da federação a ter todo o seu território coberto pelas audiências. Nas demais, a execução do projeto do CNJ foi iniciada nas capitais e, no momento, está avançando por municípios do interior.

#### **19/10 – Washington (EUA)**

O CNJ e a Organização dos Estados Americanos (OEA) assinam memorando de entendimento sobre política judiciária criminal e sistema carcerário. Segundo o acordo de cooperação, o CNJ e a OEA atuarão para promover medidas alternativas ao encarceramento; audiências de custódia; expansão do acesso à Justiça; melhoria da eficiência do Judiciário para reduzir a população penitenciária; informatização dos processos de execução penal; fortalecimento da reinserção social pela melhoria da infraestrutura penitenciária; e capacitação de profissionais, assim como implementação de ferramentas de gestão e planejamento no sistema penitenciário.

#### **20/10 – Washington (EUA)**

O ministro Ricardo Lewandowski apresenta as principais conquistas em direitos humanos e prestação de Justiça obtidas pelo programa Audiência de Custódia durante audiência pública na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A importância do projeto e a necessidade de ampliar o alcance das audiências de custódia são destacadas pelo secretário-executivo da Comissão, Emilio Álvarez Icaza, e pela presidente do órgão, Rose-Marie Antoine.

#### **28/10 – Brasília (DF)**

O CNJ anuncia o desenvolvimento do Sistema de Audiências de Custódia (Sistac), ferramenta informatizada para monitorar os resultados das audiências de custódia em todo o país, permitindo a montagem de relatórios estatísticos diários com os dados obtidos na apresentação do preso em flagrante ao juiz nas primeiras 24 horas após a detenção.

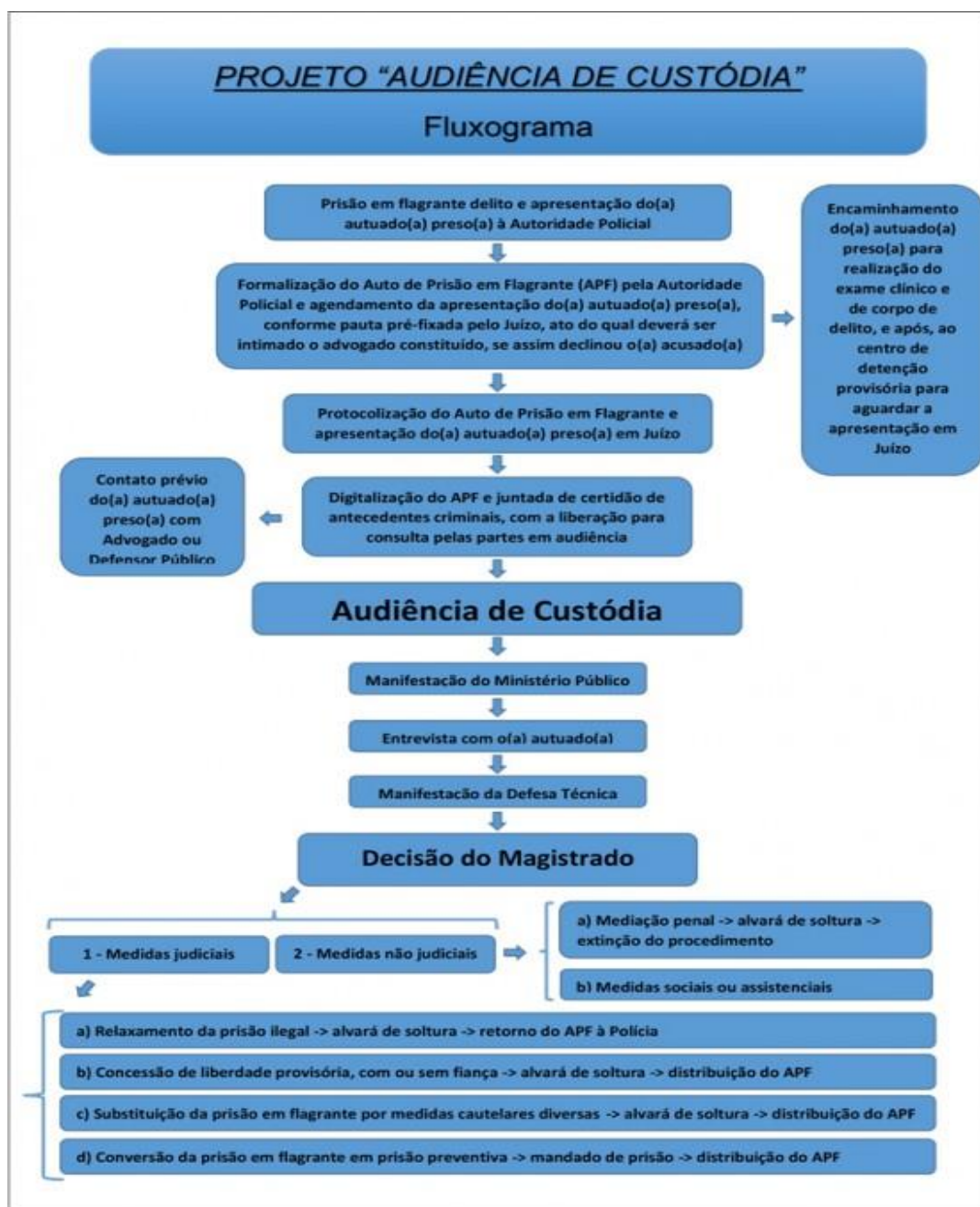
#### **30/10 – Foz do Iguaçu (PR)**

A Subseção Judiciária de Foz do Iguaçu é a primeira da Justiça Federal a adotar o projeto, dando início a um novo ciclo nas audiências de custódia. É processado por juízes federais

quem cometeu algum crime que envolva violação grave dos direitos humanos ou aquele cometido contra a organização do trabalho ou contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira. Em Foz do Iguaçu, os crimes cometidos mais frequentemente são aqueles relacionados a moeda falsa (circulação, fabricação, emissão, entre outros), além do contrabando, tráfico internacional de armas e drogas.

Dados gerais sobre as Audiências de custódia realizadas no Brasil até **31 de outubro de 2016**, segundo dados do CNJ:

- Total de audiências de custódias realizadas no Brasil: 153.403;
- Casos que resultaram em liberdade: 70.827 (46,17%);
- Casos que resultaram em prisão preventiva: 82.576 (53,83%);
- Casos em que houve alegação de violência no ato de prisão: 7.250 (4,73%); e
- Casos em que houve encaminhamento social/assistencial: 17.102 (11,15%).

ANEXO B<sup>129</sup>

<sup>129</sup> Imagem retirada do site do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ: <http://www.cnj.jus.br/>.